

KADIN HAKLARI ULUSAL SEMPOZYUMU

7 MART 2019

BİLDİRİ KİTABI

İSTANBUL YENİ YÜZYIL ÜNİVERSİTESİ

1 MART 2020

Sempozyum düzenleme ve bilim kurullarının incelemesine sunulmuş bildiri özetlerini içeren ve ISBN numarası aşağıda belirtilmiş olan bu kitapçık, İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi internet sitesinde elektronik olarak açık erişime sunulmuştur.

ISBN

978-605-85154-9-9

İÇİNDEKİLER

Sempozyum Akışı

s.3

Yayın İlkeleri

s.4

Bilim ve Düzenleme Kurulu

s.5

Sempozyum Programı

s.6

Açılış Konuşması

s.8

Bildiriler

s.10

Dr. Öğr. Üyesi Yıldırım Keser Avalde Eşin Rızası

s.10

Av. Nazan Moroğlu Nafaka Hukukunda Güncel Gelişmeler

Prof. Dr. Nurşen Caniklioğlu- 4857 Sayılı Kanuna Göre Kadınların Hakları

s.30

Dr. Öğr. Üyesi Efe Yamakoğlu Sosyal Güvenlik Mevzuatındaki Kadınlara Yönelik Ayrık Düzenlemeler ve Haklar

s.92

Dr. Öğr. Üyesi Nergiz Karadağ Özgün –Hukuka Feminist Yaklaşım

s.123

Dr. Öğr. Üyesi Mine Tan Dehmen –Milletlerarası Özel Hukukta Kadının Soyadı Meselesi

s. 157



T.C. İSTANBUL YENİ YÜZYIL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ KADIN HAKLARI SEMPOZYUMU 7 Mart 2019

SEMPOZYUM PROGRAMI

Açılış Konuşmaları (13:30 - 13:45)

İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Rektörü: Prof. Dr. İ. Yaşar Hacısalihoğlu

İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Prof. Dr. Celal Erbay

I. OTURUM (13:45 - 14:45)

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Evgen Gülçin Elçin - Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk ABD
Konuşmacılar

Dr. Öğr. Üyesi Yıldırım Keser - İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk ABD

Avalde Eşin Rizası

Av. Nazan Moroğlu - Kadın Hakları Uzmanı, İstanbul Barosu Başkan Yardımcısı

Nafaka Hukukunda Güncel Gelişmeler

Soru - Cevap: 14:45 - 14:55

II. OTURUM (15:00- 16:00)

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Fehim Üçışık - İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku ABD

Konuşmacılar

Prof. Dr. Nürşen Caniklioğlu-Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku ABD

4857 Sayılı İş Kanunu'nun Kadın İşçilere Özgü Düzenlemeleri ve Değerlendirmesi

Dr. Öğr. Üyesi Efe Yamakoğlu- İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku ABD

Sosyal Güvenlik Mevzuatındaki Kadınlara Yönelik Ayırık Düzenlemeler ve Haklar

Soru - Cevap: 16:00 - 16:10

III. OTURUM (16:15 - 17:15)

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Servet Armağan-İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku ABD

Konuşmacılar: Dr. Öğr. Üyesi Nergiz Karadağ Özgün - İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi, Hukuk Fakültesi,

Genel Kamu Hukuku ABD

Hukuka Feminist Yaklaşım

Dr. Öğr. Üyesi Mine Tan Dehmen - İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk ABD

Milletlerarası Özel Hukukta Kadının Soyadı Meselesi

Soru - Cevap: 17:15 - 17:25

YER: İSTANBUL YENİ YÜZYIL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

ALEV OFLUOĞLU KONFERANS SALONU

TARİH ve SAAT: 07/03/2019 - 13:30-17:30

Düzenleme Kurulu: Dr. Öğr. Üyesi Efe Yamakoğlu, Ar.Gör. Melisa Aydın

YAYIN İLKELERİ

Bildiri kitabına gönderilen yazılar başka bir yerde yayınlanmamış ya da yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yayın Komisyonunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılar Hakem Kuruluna gönderilerek, gelen rapor doğrultusunda, yazının yayınlanmasına, yazardan rapor doğrultusunda düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir. Olağandışı yazım yanlışları, bilimsellik ölçütlerine uyulmama, yazının Yayın Komisyonu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir.

Bilim Kurulu incelemesinden geçen ve yayınlanmasına ve/veya düzeltilerek yayınlamasına karar verilen yazıların son şeklinin “Office Word” programı altında kaydedilmiş (program 98 sürümünden eski olmayacaktır.) Gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın mail biçimiyle “basıla” verildiği kabul edilir.

Yazılar A-4 boyutunda tek nüsha olarak teslim edilmeli veya düzenleme kurulu e-posta adresine Office word formatında aşağıda belirtilen yazım kriterlerine uygun olacak şekilde gönderilmelidir. Gönderilecek yazıların Times New Roman karakterinde, ana metnin 1,5 satır aralığında ve 11 punto olarak hazırlanması, dipnotların sayfa altında gösterilmesi ve 10 punto ile yazılması gerekmektedir.

Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları bildirmelidirler. Bildiri kitabında yayınlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir; bu hususta Fakülte herhangi bir sorumluluk kabul etmemektedir.

BİLİM VE DÜZENLEME KURULU

Sempozyum Bilim Kurulu

Prof. Dr. Servet Armağan- İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Celal Erbay- İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı

Prof. Dr. Serkan Odaman – İzmir Dokuz Eylül Üniversitesi İ.İ.B.F, Ç.E.E.İ, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku ABD

Prof. Dr. Hediye Ergin – Marmara Üniversitesi İktisat Fak., Ç.E.E.İ, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

Dr. Öğr.Üyesi Sami Kocabıyık - Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

Doç. Dr. Özlem Tüzüner – Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Medeni Hukuk Anabilim Dalı

Doç. Dr. Kerem Giray – İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı

Doç. Dr. Emre Esen – İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı

Sempozyum Düzenleme Kurulu:

Dr. Öğr. Üyesi Efe Yamakoğlu

Ar.Gör. Melisa Aydın

Editörler:

Ar.Gör. Melisa Aydın

Ar.Gör. Ceren Kaya

Ar.Gör.Furkan Sağlam

SEMPOZYUM PROGRAMI

Açılış Konuşması (13:30 – 13:45)

İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Prof. Dr. Celal Erbay

I. OTURUM (13:45 – 14:45)

Oturum Başkanı: Prof. Dr.Evgen Gülçin Elçin - Beykent Üniversitesi
Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk ABD

Konuşmacılar

Dr. Öğr. Üyesi Yıldırım Keser - İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk
Fakültesi, Medeni Hukuk ABD

Avalde Eşin Rızası

Av. Nazan Moroğlu – Kadın Hakları Uzmanı, İstanbul Barosu Başkan
Yardımcısı

Nafaka Hukukunda Güncel Gelişmeler

Soru – Cevap: 14:45 - 14:55

II. OTURUM (15:00-16:00)

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Fehim Üçışık – İstanbul Yeni Yüzyıl
Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku ABD)

Konuşmacılar

Prof. Dr. Nurşen Caniklioğlu-Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş
ve Sosyal Güvenlik Hukuku ABD

4857 Sayılı Kanuna Göre Kadınların Hakları

Dr. Öğr. Üyesi Efe Yamakoğlu- İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi, Hukuk
Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku ABD

**Sosyal Güvenlik Mevzuatındaki Kadınlara Yönelik Ayrıık
Düzenlemeler**

Soru – Cevap: 16:00 - 16:10

III. OTURUM (16:15 – 17:15)

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Servet Armağan-İstanbul Yeni Yüzyıl
Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku ABD

Konuşmacılar: Dr. Öğr. Üyesi Nergiz Karadağ Özgün – İstanbul Yeni
Yüzyıl Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku ABD

Hukuka Feminist Yaklaşım

Dr. Öğr. Üyesi Mine Tan Dehmen – İstanbul Üniversitesi, Hukuk
Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk ABD

Milletlerarası Özel Hukukta Kadının Soyadı Meselesi

Soru – Cevap: 17:15 - 17:25

YER: İSTANBUL YENİ YÜZYIL ÜNİVERSİTESİ HUKUK
FAKÜLTESİ

ALEV OFLUOĞLU KONFERANS SALONU

TARİH ve SAAT: 07/03/2019 - 13:30-17:30

AÇILIŞ KONUŞMASI

Prof. Dr. Celal Erbay

Çok değerli hocalarım. Ümidimiz geleceğe yönelik daha güvenle bakmamızın kaynağı olan değerli öğrencilerimiz. Az kişi olmanız önemli değil. Saydım 40 kişisiniz. 40 kişiyle dünyayı değiştiririz. Sizin özünüzde, karakterinizde, ruh yapınızda bu var. Dünya kadınlar günü.. Röportaj esnasında da söyledim. Bu bilim kültürümüzün ilan ettiği bi şey değildir. Batı kültürünün sanayi devrimi gerçekleşmiş. Batıda ucuz iş gücü temini kadının çocuğun emeğinden daha az maliyetle yararlanma hırsı.. Bu hırs 8 mart 1857’de ABD New York kentinde bir tekstil fabrikasında patlamış. Daha iyi şartlar içinde çalışma arzusuyla 40.000 işçi grev yapmış. Bu grev yerlerinden bir tanesinde bir tekstil fabrikasında grevi tasvip etmeyen irade kapıları kilitlemiş. Yangın çıkmış. İçeridekilerde yanmamak için kapıya yüklenmişler kıramamışlar. 129 kişi yanarak can vermiş. Dünyadaki iletişim araç ve gereçleri günümüzdeki gibi değil ama bu haber dünyaya yayılmış. Cenaze düzenlenmiş 10.000 kişi katılmış. Daha sonra bu olay 26-27 Kasım ayında Danimarka’da toplanan sosyalist kadınlar derneği gündeme getirmiş. Bizim toplumda bu olmaz. Bizim toplumda ana değerlidir. Bazı değerlidir. Kız evladı evin gülüdür. Detaya girmeden bir şey söyleyeceğim. Bir seyyah İbn Batuta Konya’ya geliyor. Bir vakıf keşfediyor. Vakıf kız evlatlarının ev eşyalarına vermiş olduğu zararları ödemek amacıyla kurulmuş. Medeniyet budur. Mensubu olduğumuz millet yumak yumak oluşturduğu medeniyet bunu t6aşır. Yoksa sanayi devrimi gibi kadını ve çocuğu boğaz tokluğuna çalıştırmamıştır. Yetişkini dahi çalıştırmamıştır. Emeğini de alınının teri kurumadan vermiştir. 1921 de Moskova’da emekçi kadınlar günü olarak adı değişmiş. 1960 da ABD 1977 de de BM kabul etmiştir. Dünya Kadınlar Bayramı olarak. Şunu izah edelim. Bizde neden 1984’te. Aslında 1975 te kutlanmış. 1984’ten itibaren her yıl kutlanması kararlaştırılmıştır. Dünyada kadın hakları hep ihmal edilegelmiştir. Dikkat edin eski Roma’da Yunada Hint’te ortalaması kadının medeni haklara yüzde yüz sahip olduğunu göremezsiniz. Roma’da kocanı karısını öldürme yetkisi bile vardır. Eski Hint’te ölen kocasıyla beraber gömülür. Mirata pay sahibi değildir. Benim doçentlik çalışmam

küçüklerin himayesidir 1586'da İstanbul'un fethinden tam 133 sene sonra Roma'da bir konsül toplanıyor. Gündemi kadın insan ruhu mu taşır yoksa insan dışına başka bir varlığın ruhunu mu taşır. Uzun tartışmalardan sonra karar insan ruhu taşır ama erkeğe hizmet etmek kaydı şartıyla. Müşahade etmeye doyamadığım annemi, annenizi, nenenize saygıda kusur etmeyin. Hiç düşündünüz mü nenden Hz. İsa neden babasız dünyaya gelmiştir. O tarihe kadar kadının hiçbir hakkı hukuku yok. Benim değerlendirmem Rabbim ey kullarım seni erkek olarak yarattım senin birinci fonksiyonu baba olmaktır. Ey kadın senin birinci fonksiyonun da ana olmak olgusudur. Fakat erkek bu dünyanın hakimi benim dedi. Hayat arkadaşını yok kabul etti. Rabbim de Hz. İsa'yı o diyerek var etti. Böylece erkek olmadan da olabileceğini gösterdi. Biz iki elmanın yarısıyız. Beraber anlam ifade ederiz.

I.OTURUM

Oturum Başkanı: Prof. Evgen Gülçin Elçin

Saygıdeğer arkadaşlarımız öğrencilerimiz değerli konuklarımız bugünkü konumuz kadın emektir diyeceğim. Kadın çocuğu doğurur büyütür ve karşımıza birey olarak çıkarır. Ve her birinin yansıması da kadın olarak karşımıza çıkar. Her şeyden daha önemlisi kadının kimliği daha önemlidir. Bunu bu panelde konuşacağız diye düşünüyorum.

AVALDE EŞİN RIZASI

Dr.Öğr.Üyesi Yıldırım Keser*

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girerken, evlilik birliğini korumak amacıyla eşlerin birbirinden habersiz olarak başkalarının borçları için sorumluluk altına girmelerini önlemek adına emredici hüküm getirmiştir. Kanun koyucu, evli kişinin başkasının borçları için sorumluluk üstlenirken eşinin rızasını almasını zorunlu hale getirmiştir (TBK md 603).

Uygulama açısından, evli kişinin eşinin rızasını alması gereken hukuki işlemlerin sadece sözleşmeden mi ibaret olduğu yoksa tek taraflı hukuki işlemlerin de bu kapsamda mı olduğu hususu konusunda Yargıtay Hukuk Daireleri'nin birbirinden farklı kararları ortaya çıkmıştır. Bu nedenle avalde eşin rızası konusunda “İçtihadı Birleştirme Kararı” çıkmıştır. Çalışmamızda Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu (YİBK) kararı¹ incelenecektir.

I. EVLİLİK BİRLİĞİ

Toplumun temel yapısını aile oluşturmaktadır. Anayasamız gereğince, devletin temel görevleri arasında, ailenin huzur ve refahını korumak vardır (AY md 20). Ailenin huzurunun korunması için eşlerin birbiriyle olan ilişkilerinin sağlıklı işlemesi gerekir. Eşlerin birbirinden habersiz olarak başkalarının borçları için sorumluluk altına girmeleri, hayatın olağan akışı gereğince, ailevi ilişkileri olumsuz etkileyecektir. Bu nedenle de kanun koyucu tarafından konuya ilişkin emredici hüküm getirilmiştir(TBK md 584, 603).

* İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ YİBK., E.2017/4, K.2018/5, T.20.04.2018.

II. EVLİ KİŞİNİN BORÇ ALTINA GİRMESİ

Evlilik, evli kişilerin fiil ehliyetine herhangi bir sınırlama getirmez. Aksine yasal düzenleme bulunmadıkça eşler birbiriyle ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapabilir (TMK md 193/f.1). Evli kişinin üçüncü kişilerle yaptığı hukuki işlemler, aile birliği ile ilgili olabileceği gibi aile birliğinden tamamen bağımsız da olabilir.

A. EVLİ KİŞİNİN SÖZLEŞME İLE BORÇ ALTINA GİRMESİ

Evli kişiden anlaşılması gereken, kişilerin resmi nikâhla evli olmasıdır. Sözleşme serbestisi gereğince, evli kişinin üçüncü kişilerle yapacağı sözleşmeler için kural olarak eşinin rızası gerekmez. Ana kural bu olmakla birlikte, evli kişi sözleşme ile üçüncü kişinin borcu için sorumluluk altına girmişse artık kanun koyucu ana kuraldan ayrılmaktadır.

Türk Borçlar Kanunu’nun 603’üncü maddesine bakıldığında, kefalet sözleşmesi ölçü alınarak düzenleme getirilmiş ve kefalet sözleşmesine ilişkin “şekil”, “kefil olma ehliyeti” ve “eşin rızası” hususlarının gerçek kişilerin kişisel güvence vermesine ilişkin bütün sözleşmelere uygulanacağı düzenlenmiştir. Yasal düzenlemede geçen “kişisel güvenceye ilişkin her türlü sözleşme” ifadesinin kullanılmış olmasının uygulama alanını çok genişlettiği ve belirsizliğe yol açtığı gerekçesiyle madde-metnine eleştiriler de yöneltilmektedir².

Kanun koyucu tarafından getirilen bu sınırlayıcı düzenlenmenin (TMK md. 603) Anayasa’ya aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi’ne³ başvuruda bulunulmuştur. Anayasa Mahkemesi, ilgili maddenin Anayasa’ya aykırı olmadığına hükmetmiştir. Kararda, yasal düzenlemenin sözleşme özgürlüğünün ve mülkiyet hakkının özüne

² CAN, Mehmet Çelebi, “Türk Borçlar Kanunu’nun 603.maddesinin Kıymetli Evrak Hukukunda Uygulanabilirliği-Avalde Eşin Rızası Aranır mı?”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XXI, Y. 2017, S.3, s. 42.

³ Anayasa Mahkemesi, E. 2013/57, K. 2013/162, T. 26.12.2013.

dokunmadığına değinilmiştir. Ayrıca, bu düzenlemenin aile huzurunu ve refahını korumayı sağlayan bir hüküm olduğunun altı çizilmiştir⁴.

Kişisel güvence veren sözleşmeleri sınırlı sayıda toplamak çok zordur. Kanunda düzenlenmemiş sözleşmeler için dahi kişisel güvence verilebilmesi mümkündür. Kişisel güvenceden anlaşılması gereken, borç ödenmediğinde kişisel sorumluluğu olan kişinin kişisel sorumluluğuna gidilebilmesinin mümkün olmasıdır. Aynı teminatlarda kişisel sorumluluk kural olarak yoktur. Örneğin, borçlu (B)'nin 100.000 TL'lik borcu için taşınmazı üzerinde ipotek tesis ettiren (İ), (B)'nin borcundan ipotek ettirdiği taşınmazın bedeli kadar sorumludur. Aksi kararlaştırılmadıkça (İ)'nin kişisel sorumluluğu yoktur.

a) Kefalet Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Kefalet bir sözleşmedir. Kefalet sözleşmesi, tarafların birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulur. Kefalete ilişkin getirilen düzenlemelerin tek taraflı hukuki işlemler için uygulanıp uygulanmayacağı tartışma konusudur. Bu nedenle öncelikle tek taraflı hukuki işlem ile sözleşme ayrımının yapılması gerekir.

Bir tarafın tek taraflı irade beyanıyla bir hukuki sonuç doğuran hukuki işlemlerine, “tek taraflı hukuki işlem” denir⁵. Sözleşmeler, iki

⁴ Karara karşı oy veren üye, TBK md 603'ün sadece sözleşmeler için getirildiği bu nedenle de tek taraflı hukuki işlem olan avale uygulanmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvuran ilk derece mahkemesinin başvurusunun esasa girmeden reddedilmesi gerektiğini belirterek karşı oy vermiştir.

⁵ KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitapevi, Ankara 2015, s.48, REİSOĞLU, Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınevi, İstanbul 2014, s. 51, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPAÇI, Abdülkadir, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, İstanbul 2014, s. 94, TERCIER, Pierre/PICHONNAZ, Pascal/DEVELİOĞLU, Murat, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s.54.

tarafı hukuki işlemlerdir⁶. Bu ayrımın yapılması TBK md. 584' ün evli kişiler açısından getirdiği sınırlayıcı düzenlemenin doğru anlaşılması açısından önemlidir. Yasal düzenlemenin amacının, lafzı ile uyumlu olup olmadığı hususunun da değerlendirilmesi gerekmektedir. Kanun koyucunun amacı, aile birliğini korumaktır. Hüküm emredicidir; bu nedenle de tarafların aksini kararlaştırabilmeleri veya haktan önceden feragat edebilmeleri mümkün değildir.

Yasal düzenleme ile getirilen eş rızası, kefalet sözleşmesine ve kişisel güvence sorumluluğu doğuran her türlü işlemlere özgü bir kuraldır; evli kişileri tam ehliyetli olmaktan çıkarıp, sınırlı ehliyetli haline getirmez⁷. Rızası aranan eşin cinsiyetinin bir önemi yoktur, çünkü kanun koyucu cinsiyet ayrımına dayalı bir düzenleme getirmemiştir. Eşlerin arasındaki mal rejiminin türünün, eş rızasında hiçbir önemi yoktur⁸. Eş rızası, genel nitelikte olamaz, borç ilişkisine konu olan borca özgülenmesi gerekir⁹. Rıza verilmesi, adi yazılı şekle tabidir¹⁰. Eşin rızasının kefalet sözleşmesi dışında ayrı bir belge ile de alınabilmesi mümkündür¹¹.

Kanun koyucu, kefalet sözleşmesi ve diğer kişisel güvence içeren sözleşmelere ilişkin getirdiği evli eşin rızasına ilişkin düzenleme ile hem kefil olan eşe hem de aile düzenine fayda sağlar¹². Evli kişinin, eşinin borcu için kefil olması durumunda eş rızası aranmamalıdır¹³.

⁶ KILIÇOĞLU, s.48.
KOCAYUSUFAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.95,
REİSOĞLU, s. 52.

⁷ BAŞ, Ece, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler, İÜHFM, C.LXX, S.2, 2012, s. 117.

⁸ ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitapevi, Ankara 2016, s.716.

⁹ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 717.

¹⁰ ŞEKER, Muzaffer, Kefalet ve Avalde Eşin Rızası, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul 2017, s.22, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 716.

¹¹ YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Yayınevi, İstanbul 2014, s. 1416.

¹² BAŞ, s. 120.

¹³ ŞEKER, s.22.

Eş rızasına ilişkin getirilen yasada, yürürlüğe girdiği tarihten sonra değişiklik yapılmıştır.(TBK md 584/f.3, Ek:28.03.2013-645577). Yapılan değişikliğin amacı, iş hayatındaki işleyişi hızlandırmaktadır. Bu değişiklikle yasaya üçüncü fıkra eklenmiştir. Bu fıkra şu şekildedir: “Ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler, mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletler, 27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullanılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler ile tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler için eşin rızası aranmaz”.

ŞİPKA, yasal düzenlemede yapılan değişikliğin yerinde olmadığını belirtmektedir. Yazara göre, iş dünyasının egemen gücünün, yasal düzenlemenin özüne dokunduğunu ve eş lehine getirilen düzenlenmeyi devre dışı bıraktığı ifade edilmiştir¹⁴.

b) Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme üçlü bir ilişki söz konusudur. Alacaklı, borçlu ve üçüncü kişi arasındaki hukuki ilişkidir. Üçüncü kişinin fiilini üstlenme bir sözleşmedir, alacaklı ile borçlu arasında kurulur¹⁵. Borçlu, alacaklıya üçüncü kişinin belli bir davranışta bulunacağını taahhüt etmektedir.

¹⁴ ŞİPKA, Şükran, Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926’dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku, “Türk-İsviçre Hukuku’nda Eşin Rızasına Bağlı Hukuki İşlemler”, Yetkin Yayınevi, Ankara 2017, s. 635.

¹⁵ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınevi, 19. Baskı, Ankara 2015, s. 1153, OĞUZMAN, M.Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, C. II, 12. Bası, İstanbul 2016, s. 411.

Başkasının fiilini üstlenen evli kişiye, başkasının fiilini taahhüt kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartlarına tabi olur. Bu nedenle de eşinin rızası geçerlilik şartıdır¹⁶.

c) Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme Hukuki Niteliği

Üçüncü kişi yararına sözleşmede üçlü ilişki söz konusudur. Kendi adına sözleşme yapan, yapmış olduğu sözleşmeye üçüncü kişi yararına bir edim yükümlülüğü koydurmuşsa, sözleşme gereğince, sözleşme konusu edimin üçüncü kişiye ifa edilmesini talep etme imkânına sahip olur (TBK md 129/f.1). Üçüncü kişi yararına sözleşme, TBK md 129 gereğince, tam üçüncü kişi yararına sözleşme ve eksik üçüncü kişi yararına sözleşme olmak üzere ikiye ayrılır¹⁷. Lehine sözleşme yapılan kişi, ifayı bizzat isteyebiliyorsa tam üçüncü kişi yararına sözleşme, lehine sözleşme yapılan kişi, ifayı bizzat isteyemiyorsa eksik üçüncü kişi yararına sözleşmeden bahsedilir.

Üçüncü kişi yararına sözleşmede, üçüncü kişi yararına sözleşme yapan kişi evliyse, yapılan sözleşme kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartlarına tabi olur ve bu nedenle eşin rızası, geçerlilik koşuludur¹⁸.

B. EVLİ KİŞİNİN TEK TARAFLI HUKUKİ İŞLEM İLE BORÇ ALTINA GİRMESİ

a) Avalin Hukuki Niteliği

Kambiyo senetlerinin düzenlenmesinin en önemli sebeplerinden biri kambiyo senetlerinin hızlı el değiştirebilmesidir. Kambiyo senetlerinin hem bir ödeme vasıtası hem de bir kredi vasıtası olarak kullanıldığını görmekteyiz. Kambiyo senetlerinde, “soyutluk ilkesi” kabul edilmiştir. Soyutluk ilkesi gereğince, senette yer alan hak ile hakkın kaynaklandığı temel borç ilişkisi arasında herhangi bir bağ yoktur. Temel borç ilişkisi ile kambiyo senedine bağlı hakkın birbirinden

¹⁶ KILIÇOĞLU, s. 589.

¹⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s. 439.

¹⁸ EREN, s. 1156.

soyutlanmasının sonucu olarak temel borç ilişkisindeki geçersizlik, kambiyo senedinin geçersizliğine neden olmaz. Avalın konusu, soyut bir kambiyo taahhüdüdür¹⁹. Aval, maddi yönden asıl borç ilişkisinden tamamen bağımsız olup sadece şekil bakımından asılı borca bağlıdır²⁰.

Aval, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiştir (TTK md 700-702). Yasal düzenlemeye bakıldığında, aval ile kambiyo senetlerinde bedelin güvence altına alınmasını sağlamak için getirilen bir düzenleme olduğu görülmektedir. Aval veren, gerçek kişi veya tüzel kişi olabilir. Tüzel kişi olması durumunda, aval, tüzel kişinin yetkilisi tarafından verilir. Aval ile kambiyo senetlerinde bedelin aval miktarı kadarıyla güvence altına alınır. Aval, bedelinin tamamını veya bir kısmını kapsayabilir. Aval, kambiyo hukukuna özgü kefaletin bir çeşididir²¹.

Avalin hukukî niteliği tartışmalıdır. Birinci görüşe göre, aval, tek taraflı hukuki işlemdir²². İkinci görüşe göre, aval, bir sözleşmedir²³. Kanaatimizce, aval, tek taraflı hukuki işlemdir. Tek taraflı hukuki işlem olduğu için, aval verenin iradesi yeterli olup, ayrıca muhatabın veya düzenleyenin avalin gerçekleşmesi için iradesi aranmaz. Aval verenin sorumluluğu, lehine aval verdiği kişi ya da kişilerin sorumluluğu ile aynıdır (TTK md. 702/I). Bir diğer ifade ile asıl borçlu ya da borçlular ile aval verenin sorumluluğu açısından öncelik sonralık ilişkisi mevcut değildir.

TTK' da avalin şekli de düzenlenmiştir (TTK md. 701). Yasal düzenlemeye bakıldığında, geçerli bir avalden bahsedebilmek için aval

¹⁹ ÜLGİN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KAYA, Arslan/NOMER-ERTAN, Füsün, Kıymetli Evrak Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s.183, DEMİR, Şamil, Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı, Türkiye Barolar Birliği, Y. 2013, S. 108, s. 113.

²⁰ PULAŞLI, Hasan, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 172.

²¹ ŞIPKA, s. 636, ÜLGİN/HELVACI/KAYA/NOMER-ERTAN, s. 184.

²² SEZGİN-HUYSA, Ayşegül, TBK Madde 603'ün Avale Uygulanabilirliği, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi 4 (2), Güz 2017, s. 170.

²³ ÖZTAN, Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2017, s. 164-165, CAN, s. 45-46.

sözcüğüne yer verilmesi zorunlu değildir. Aval sözcüğü yerine aval yerine geçecek eş anlamlı bir sözcüğün kullanılması da mümkündür. Avalin, poliçenin ön yüzüne yazılması ya da poliçeye alonj eklenerek alonj üzerine de yazılması mümkündür. Çek, bono veya poliçenin üstüne muhatap veya düzenleyenin imzaları dışında imza atan, aval şerhi vermiş sayılacaktır (TTK md 700/2).

ALTOP' a göre²⁴, kefalet sözleşmesine benzer şekilde evli kişi açısından azami miktarı el ile yazma şartı aranmalıdır. Aksi durumun varlığı halinde senet takibe konulacağı zaman aval verenin iradesinin üzerinde bir borç miktarı senedin üzerine yazılabilir. Avalde tarih gösterilmesi şart değildir²⁵. Aval verenin adı ve soyadının yazılması da zorunlu değildir²⁶.

Aval veren, aval kim için verdiğini de poliçenin üzerine yazabilir. Birden fazla borçlu olması durumunda sadece bir ya da birkaç borçlu için aval verilmesi de mümkündür. Avalin, sadece cirantalardan biri lehine verilebilmesi de mümkündür. Eğer, avalin kim için verildiği poliçenin üzerine yazılmamışsa, yasal karine gereğince düzenleyici için verilmiş sayılır (TTK/ md 700/3).

TBK md 603 gereğince, avalde eşin rızasının aranıp aranmayacağı hususu Türk öğretisinde tartışmalıdır. Birinci görüşe göre²⁷, avalde eşin rızası aranmalıdır. Bazı yazarlar, eş rızasına ilişkin bir değerlendirme yapmaksızın doğrudan aval ile kefalete ilişkin getirilen emredici kuralların bertaraf edilebilmesinin mümkün olmadığını belirtmektedirler²⁸.

²⁴ ALTOP, Atilla, Gerçek Kişilerce Gerçekleştirilen Aval İşlemlerine, TBK md 603 Hükmü Uyarınca Kefaletin Şekline, Kefil Olma Ehliyetine ve Eşin Rızasına İlişkin Hükümler Uygulanacak Mıdır? Özel Sayı, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 1, Prof. Dr. Turhan ESENER'e Armağan-C. II, Ankara 2016, s. 300.

²⁵ ÖZTAN, s. 165.

²⁶ ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER-ERTAN, s. 183.

²⁷ ŞİPKA, s. 637, ŞEKER, s. 80-81.

²⁸ ÖZTAN, s. 161, PULAŞLI, s. 173.

İkinci görüşe göre²⁹, avalde eşin rızası aranmaz. Bu görüşe göre, kıymetli evraka ilişkin özel hükümlerin gözardı edilmesi durumunda kıymetli evraka ilişkin kurumlar işlevsiz kalacaktır. Bu nedenle de avalde eşin rızası aranmamalıdır. Aksi durumun varlığı, kambiyo senedinin tedavül kabiliyetini sınırlandırır.

Aval, poliçe ödenme ihtimâline duyulan güvensizliğin bir göstergesidir³⁰. Aval ile poliçenin ödenme ihtimali arttırılmaktadır.

b) Aval ile Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı

Avalde eşin rızasının aranması gerektiği görüşünü savunanların en önemli gerekçesi, kefaletle ilişkin getirilen emredici düzenlemelerin aval yoluyla bertaraf edilmesinin önüne geçmektir. Bu tartışmaları bir örnek üzerinden somutlaştıralım. Ahmet, ABC Bankası A.Ş’den 100.000 TL kredi kullanmak istemektedir. Banka yetkilileri, Ahmet’ten ipotek göstermesini isterler. Ahmet, üzerine kayıtlı bir taşınmazı olmadığını söyler. Bunun üzerine Ahmet’den kefil bulması istenir. Ahmet, kardeşi Ali’den kefil olmasını ister. Ali, kefil olmayı kabul eder ve birlikte bankaya giderler. Banka yetkilileri, Ali’nin evli olduğunu farkederek ve Ali’nin kefil olabilmesi için eşi Ayşe’nin izninin gerekli olduğu belirtilir. Ali de, “Ayşe kesinlikle kefil olmama izin vermez”; der. Bunun üzerine banka yetkilileri Ahmet’in kullanacağı krediye ilişkin vadeleri kararlaştırırlar. Her bir vadeye ilişkin ayrı ayrı bono düzenlerler. Bonoların üzerine de Ali, ne anlama geldiğini bilmediği halde “avalımdır” diye yazar ve imzalar. Birkaç ay sonra Ahmet, krediyi ödeyemez hale gelir. Banka yetkilileri, ödenmeyen bonolara ilişkin ihtiyati haciz kararı alarak Ali’nin evine hacze gelirler. Ali’nin eşi Ayşe duruma çok şaşır ve üzülür. İcra memuru ve banka avukatı evde haciz işlemine başlar ve icra memuru bazı malların muhafazasına karar verir.

Yukarıda verdiğimiz örnekte, Ali’nin gerçek iradesinin aval vermek olmadığı açıktır. Kefalet hükümlerinden kurtulmak için taraflar bu yola başvurmuşlardır. Ali’nin avukatı, avalin iptali için dava açar. İptalin

²⁹ CAN, s. 35-36, SEZGİN-HUYSAL, s. 186, DEMİR, s. 115.

³⁰ ÖZTAN, s. 161.

gereğince, TBK md 19 gereğince, tarafların gerçek iradelerinin esas olduğu, dış dünyaya yansıyan iradenin gerçek bir irade olmadığını belirtir. Açılan dava ilk bakışta son derece yerindedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus şudur: Ali, avalin gerçek iradesi olmadığını nasıl ispat edecektir? Olayın tek şahidi kardeşi Ahmet'dir; o da senedin borçlusudur. Bir diğer ifade ile borcun tarafıdır. Ahmet'in şahitliğine başvurulsa da o yargılamada bu durumun esas alınarak hüküm tesis edilmesi hayatın olağan akışı gereğince pek mümkün gözükmemektedir. Böyle bir davada banka da doğal olarak tarafların gerçek iradesinin aval yönünde olduğunu iddia edecektir. Tarafların bu iddiaları karşısında, bu uyumsuzluğu, Ali lehine karara bağlamak çok zor bir ihtimaldir.

Kefalet hükümlerinin sadece aval ile etkisiz bırakılmasının dışında kambiyo senetlerine özgü başka yollar da olabilir. Ciro, bu konudaki en dikkat çekici örnektir. Ciro ile eşinin rızasının önüne geçmek mümkündür³¹. "Nasılsa ciro ile eş rızası etkisiz bırakılabilir, o zaman avale ilişkin sorunlara çözüm bulmaya çalışmalıyım" anlayışı da kanaatimizce yerinde değildir.

Örneğimizde karşımıza çıkan soruna ilişkin çözüm önerimizi sunmadan önce konuya ilişkin İçihadı Birleştirme Kararını da değerlendirmemiz gerekmektedir.

c) Avalde Eş Rızasına ilişkin Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı³²

Türk Hukuku'nda, Yargıtay daireleri arasında TBK md 603'ün avalde eş rızasının aranıp aranmayacağı konusunda görüş ayrılıkları ortaya çıkmıştır.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi³³, TBK md 603' yer verilen kişisel güvence verilmesine ilişkin sözleşmelerin avalu de kapsayacağını, avalin

³¹ CAN, s. 38.

³² Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı, E.2017/4, K.2018/5, T.20.04.2018.

³³ Y. 11. HD., E. 2014/1231, K. 2014/7837, T. 25.04.2014, "6098 sayılı TBK'nın 584 maddesi uyarınca eşlerden biri mahkemece verilmiş bir

tek taraflı hukuki işlem olmasının durumu değiştirmeyeğini, aksi yorumun varlığı halinde aval ile kişisel güvence veren sözleşmelere ilişkin emredici düzenlemenin dolanılmasının önünün açılacağını belirtmekteydi.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu³⁴, Yargıtay 12³⁵ ve 19³⁶. Hukuk Dairelerinin görüşleri ise tamamen farklı yönde idi. Avalin, tek taraflı

ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilecek olup, aynı Kanun'un 603. maddesine göre de kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanacaktır. "A." de poliçe ile sorumluluk altına girmiş kişi lehine, şahsi teminat sağlamak amacı taşıyan bir müessese olup kişisel güvence verilmesinin kıymetli evrak hukukundaki görünümüdür. Şahsi teminat sağlayan akitlere ve özellikle de kefaletle benzemesi yönünden avale "poliçe kefaleti" ismi de verilmektedir (Prof. Dr. ... Kitabevi 2. bası s.792). Bu nedenle, kefalette eşin rızasına ilişkin hükümlerin TBK'nın 603. maddesi uyarınca "aval"de de uygulanması gerekmekte olup.." (www.yargitay.gov.tr, ET: 20/02/2019).

34 YHGK, E. 2017/1135, K. 2017/1012, T. 24.05.2017, "Kambiyo senetleri devredildikten sonra mücerretlik ilkesi ortaya çıkar ve senedin yaratılması nedeni olan "sebe" donar. Kıymetli evrak tedavül ettiği sürece bu sebepten bağımsızdır. Bunun yanında senet borçlusu, senet hamiline karşı temel ilişkiden doğan def'ileri ileri süremez. Soyutluk hamili güçlendirir ve bu sebeple de kıymetli evraka güveni artırır. Kıymetli evrakın soyutluğunun sonuç doğurması, içerdiği hak ve sorumlukların senet dışında başka bir yere başvurmaya gerek kalmaksızın herkes tarafından anlaşılabilmesi ile mümkündür.

Sırf bu ihtiyaç dahi avalin "eş rızası" noktasında kefaletle ilişkin hükümlere tâbi kılınmasını imkansız hale getirmektedir. Gerçekten de iki kişi arasında düzenlenen bir sözleşmede borçluya kefil olan kişinin evli olup olmadığı, eşin rızasının bulunup bulunmadığı kolaylıkla belirlenebilirken; tedavül kabiliyeti nedeniyle bir kambiyo senedinde avalistin evli olup olmadığının ve eşinin rızasının bulunup bulunmadığının araştırılması zorunluluğu, hamile kambiyo senetleri hukukuna tamamen yabancı bir yük getirecektir. Bu detayların senede derc edilmesi ve sonraki cirantaların hiçbir tereddüte mahal olmaksızın bunu bilmesi mümkün değildir. Yukarıdan beri yapılan açıklamalar çerçevesinde avalde, eşin rızasına ilişkin kefalet hükümlerinin uygulanamayacağı kurul çoğunluğunca kabul edilmiştir. Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 584 üncü maddesi uyarınca eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin rızasıyla kefil olabilecek olup aynı Kanunun

hukuki işlem olduğunu ve TBK md. 603 ile getirilen emredici düzenlemelerin sadece sözleşmelere ilişkin olduğu gerekçesiyle avalde eşin rızasının aranmayacağı yönünde hüküm tesis etmekteydiler.

603 üncü maddesine göre de kefaletle ilişkin hükümlerin gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine dair olarak başka ad altında yapılan sözleşmelere uygulanacağını hükme bağlandığı, avalin de poliçe ile sorumluluk altına girmiş kişi lehine şahsi teminat sağlayan kambiyo taahhüdü olduğunu, bu nedenle avale kefalette eşin rızasına ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği, bu nedenle yerel mahkemenin kararının onanması gerektiği görüşü ileri sürülmüş ise de bu görüş Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir.” (www.yargitay.gov.tr, ET: 15/02/2109).

35 Y. 12.HD., E. 2014/10176, K. 2014/14470, T. 15.05.2014. “Aval ile kefaleti birbirinden ayırmak gereklidir. Kefalet, fer'i nitelikte olmasına karşın, aval bağımsız ve aslî bir nitelik taşır. Aval veren, lehine aval verilenin ileri sürebileceği ve senedin şekline ilişkin olanlardan başka geçersizlik sebeplerini def'i veya itiraz olarak alacaklıya karşı ileri süremez. Oysa kefil, asıl borçluya ait kişisel delillerden yararlanabilir. Kefaletin, mutlaka asıl borç senedi üzerinde gösterilmesine lüzum olmadığı halde, aval şerhinin mutlaka poliçe, bono veya alonj üzerine yazılması gerekir. Bono üzerine "kefil" ibaresi konya dahi bu, aval olarak nitelendirilir ve aval veren, bononun diğer borçlusu ile birlikte müteselsilen sorumlu olur (TTK.614). TTK'nun 636. maddesi hükmü gereğince kambiyo senetlerinde müteselsil borçluluk esası olduğundan, bu tür senetlerde imzası olan herkes, hamile karşı müteselsilen sorumludur. Bu açıklamalar doğrultusunda Türk Ticaret Kanunu'nda özel hükümler olması nedeniyle kambiyo senetlerinde BK'nun 584. ve 603. maddeleri uygulanamaz. O halde mahkemece borçlunun şikayetinin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile takibin iptaline karar verilmesi isabetsizdir”. (www.yargitay.gov.tr, ET: 05/01/2019).

36 Y. 19. HD., E. 2014/12290, K. 2014/15241, T. 16.10.2014, “Mahkemece, toplanan delillere göre, uyuşmazlığın kambiyo senedinden kaynaklandığı, TTK'da taahhüt altına girmek için eşin rızası koşulunun düzenlenmediği, kıymetli evrakın TTK'nun 3.maddesine göre ticari iş sayıldıklarından TTK hükümleri karşısında genel hüküm sayılan BK'nun 584.maddesinin somut olayda uygulama yerinin bulunmadığı, davacının konumunun aval veren niteliğinde olduğu gerekçeleriyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir. Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirdinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacı vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA, 16.10.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi”. (www.yargitay.gov.tr, ET: 05/01/2019).

YİBK kararında, avalin tek taraflı hukuki işlem olduğu bu nedenle de kişisel sözleşmeler için getirilen TBK md 603 kapsamına girmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir. Kefaletle ilişkin hükümlerin aval dışında başka yollarla dolanılmasının mümkün olduğu belirtilmiştir.

Kanaatimizce, kanun koyucunun amacı net olarak ortaya konulmalıdır. Kanun, gerekçesi ile birlikte yorumlanmalıdır. Kanun koyucunun temel amacı eşlerin birbirinden habersiz olarak başkalarının borçları için güvence vermelerinin önüne geçmektir. Bu nedenle de TBK md 603'ün, hukuki işlemlerin tamamını kapsaması gerekmektedir. Mevcut düzenlemede sadece kişisel güvence veren sözleşmeler ifadesinin kullanılması yerinde olmamıştır.

ALTOP³⁷, TBK md. 603'de yer alan “sözleşme” ifadesinin tek taraflı hukuki işlemlerden farklı bir anlam kastedilmek için kullanılmadığını, “sözleşme” ifadesinden anlaşılması gerekenin de “hukuki işlem” olduğunu belirtmektedir.

Hukuki işlem ifadesi kullanılarak tek taraflı hukuki işlemler de emredici hüküm kapsamına alınmalıdır. Haklı olarak, kambiyo senetlerinin özelliklerinin dikkate alınması gerektiği görüşleri dile getirilmektedir³⁸. Bu görüşlerin öne sürdüğü gerekçeler de kambiyo senetlerinin tedavül kabiliyeti dikkate alındığında son derece önemlidir. Unutulmamalıdır ki, genel kanunlarla getirilen emredici hükümlerin ruhuna ve özüne dokunulmamalıdır. Emredici hukuk kuralının neler olduğunu kanun koyucunun belirleyeceği şüphesizdir. Emredici hukuk kuralları belirlenirken, yaşanmış toplumsal olayların ve deneyimlerin göz ardı edilebilmesi mümkün değildir. Ülkemizde her geçen gün evlilik içi sorunlar artmaktadır. Bu sorunların oluşmasında en etkin faktörlerden biri de ekonomik şartlardır. Dünya’da vatandaşlarının en fazla kredi kullandığı ülkeler sıralaması yapılırsa hiç şüphesiz ki, ülkemiz ilk sıralarda yer alır. Kullanılıp ödenmeyen ve icralık olan kredi borçlusu sıralamasında da adeta bir rekora gidiyoruz. Yaşanan sosyal olaylara yönelik çözüm için getirilen yasal düzenlemeleri amaçları ile birlikte değerlendirmeliyiz.

³⁷ ALTOP, s. 298.

³⁸ CAN, s. 38.

Avalde eş rızasına ilişkin YİBK kararı, kanaatimizce, TBK md 603’de yasal bir değişiklik yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Düşünülenin aksine YİBK kararı ile sorun çözülmüş değildir. YİBK, kararı ile avalin tek taraflı hukuki işlem olduğunun altı çizilerek hüküm tesis edilmiştir. Oysa ki, bankalar, kredi kuruluşları ve benzeri finans kuruluşları ile aval verenler arasındaki ilişkinin hukuki niteliği “üçüncü kişinin fiilini taahhüt” niteliği taşınmaktadır. Bankalar ve diğer finans kuruluşları, aval işleminden önce aval verenin öncelikli olarak kredi kabiliyetini sorgulamakta ve ihtiyaç duydukları diğer araştırmaları yapmaktadır. Bir diğer ifade ile aval veren konumunda bulunan kişi aval vermeden önce hayatın olağan akışı gereğince, banka veya diğer finans kuruluşlarına “öneri” de bulunmaktadır. Öneri içeriği de çok açık ve nettir. Aval veren, borçlunun borcunu ödeyeceğini, aksi halde kendisinin sorumlu olacağı yönünde iradesini karşı tarafa iletmektedir. Karşı taraf konumunda yer alan kurum ya da kuruluşlarda aval vereni muteber görmeleri halinde aval verenin önerisini “kabul” etmektedirler. Bu nedenle, taraflar arasında “üçüncü kişi” konumunda olan borçlunun fiilini taahhüt sözleşmesi yapılmaktadır. İlk bakışta dış dünyaya yansıyan hukuki işlem, her ne kadar aval gibi gözüксе de, TBK md 19 gereğince tarafların gerçek iradeleri sorgulandığında taraflar arasındaki hukuki işlemin kişisel güvence veren bir sözleşme olduğu gerçeği ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle de, hiçbir ayırım yapmaksızın bütün kişisel güvence içeren sözleşmeleri aynı emredici hükme tabi tutan kanun koyucunun getirdiği yasal düzenlemenin, dış dünyaya aval olarak yansıyan ama tarafların gerçek iradesinin sözleşme olduğu durumlarda uygulama alanı bulacağı kuşkusuzdur. YİBK kararı ile sorun bütünüyle çözülememiştir ve sorunun niteliği gereği YİBK kararına konu olabilmesi de mümkün değildir.

Her somut olayın özellikleri ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Hayatın olağan akışı gereğince, avalin ortaya çıkış şekli büyük ihtimalle üçüncü kişinin fiilini taahhüt şeklinde olmaktadır. ÖZTAN’ın belirttiği gibi³⁹, avalin en fazla uygulama alanı bulduğu yerler, forfaiting işlemleri ve ihracat finansmanlarıdır.

³⁹

ÖZTAN, s. 161.

SONUÇ

Avalde eş rızasına ilişkin YİBK kararı sorunu çözmek yerine sorunun belli kısmının netleştirmenin ötesine geçmemiştir. YİBK kararı sonrasında yasal düzenlemede değişikliğe gidilerek TBK md 603’de yer alan “sözleşme” ifadesi yerine “ hukuki işlem” ifadesinin kullanılması gerekir.

Aval, bir hukuki terimdir. Bu nedenle de uygulanırken hukuki niteliği sorgulanmalıdır. Aval bir sözleşme sonucunda ortaya çıksa bile, mevcut durumu ifade etmek için yine de “aval” bir hukukî terimini kullanmaktayız. Aval için tek bir hukukî terim kullanılması, avalin sözleşme ile kararlaştırılamayacağı anlamına gelmez.

Avalde eş rızasına ilişkin her somut olayın kendi içinde değerlendirilmesi gerekir. Şöyle ki, eğer, aval diye ifade edilen hukuki işlem, üçüncü kişinin fiilini taahhüt şeklini almışsa yani bir sözleşme olarak kurulmuşsa, bu durumda tarafların kullandıkları ifadelere bakılmaksızın her uyuşmazlıkta tarafların gerçek iradeleri araştırılmalıdır. Hayatın olağan akışı gereğince, aval olarak ifade edilen hukuki işlem genelde sözleşme olarak kurulur. Bunun nedeni çok açıktır. Aval, genellikle bankaların ve kredi kuruluşlarının taraf olduğu hukuki işlemlerde ortaya çıkmaktadır. Bankalar ve kredi kuruluşları, aval verenin aval verme yönündeki iradesini, bir diğer ifade ile Türk Borçlar Hukuku anlamında “önerisini” başta kredi kabiliyeti olmak üzere araştırılmaya müsait diğer veriler üzerinden incelerler ve aval vermek isteyen “önerisi” uygun görülürse “kabul” edilir. Bu nedenle aval, uygulamada genellikle tarafların birbirine uygun irade beyanlarıyla ortaya çıkmaktadır. Tarafların birbirine uygun irade beyanlarının mevcut olması durumunda ortada “sözleşme” olduğu açıktır. Kişisel güvence içeren sözleşme olduğu için TBK md. 603 gereğince, evli kişinin eşinin rızası geçerlilik koşuludur.

KAYNAKÇA

ALTOP, Atilla, Gerçek Kişilerce Gerçekleştirilen Aval İşlemlerine, TBK md 603 Hükmü Uyarınca Kefaletin Şekline, Kefil Olma Ehliyetine ve

Eşin Rızasına İlişkin Hükümler Uygulanacak Mıdır? Özel Sayı, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 1, Prof. Dr. Turhan ESENER'e Armağan-C. II, Ankara 2016.

BAŞ, Ece, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler, İÜHFM, C. LXX, S. 2, 2012, s. 115-144.

CAN, Mehmet Çelebi, Türk Borçlar Kanunu'nun 603.maddesinin Kıymetli Evrak Hukukunda Uygulanabilirliği-Avalde Eşin Rızası Aranır mı? Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXI, Y. 2017, S. 3, s. 35-73.

DEMİR, Şamil, Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı, Türkiye Barolar Birliği, Y. 2013, S. 108, s. 87-122.

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınevi, 19. Baskı, Ankara 2015.

KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitapevi, Ankara 2015.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, İstanbul 2014.

OĞUZMAN, M.Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, C .II, 12. Bası, İstanbul 2016.

ÖZTAN, Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, Turhan Kitapevi, Ankara 2017.

ŞEKER, Muzaffer, Kefalette ve Avalde Eşin Rızası, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul 2017.

SEZGİN-HUYSA, Ayşegül, TBK Madde 603'ün Avale Uygulanabilirliği, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi 4 (2), Güz 2017, s. 171-188.

ŞIPKA, Şükran, Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926'dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku, "Türk-İsviçre Hukuku'nda Eşin Rızasına Bağlı Hukuki İşlemler", Yetkin Yayınevi, Ankara 2017, s. 623-639.

ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KAYA, Arslan/NOMER-ERTAN, Fusun, Kıymetli Evrak Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019.

PULAŞLI, Hasan, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

REİSOĞLU, Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınevi, İstanbul 2014.

TERCIER, Pierre/PICHONNAZ, Pascal/DEVELİÖĞLU, Murat, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Yayınevi, İstanbul 2014

ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitapevi, Ankara 2016.

Soru 1: Dr.Öğr.Üyesi Yıldırım Keser

Öncelikle çok kısa olarak şöyle bir değerlendirme yapmak istiyorum. 99 yılında Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesine girdiğimde Türk Medeni Kanunu kanunlaştırma çalışmaları vardı. O dönemde çeşitli öğrenci birlikleri, kulüpleri olarak çalışmalar yapardık. O dönemde de ismi lazım değil dekanımızla sorunumuz vardı. Yani mezun olana kadar hep sorun yaşadık. Ve o dönem bir uygulama geliştirdik dilekçelerimizde. Yetki kullanılırken sınırlandırılmalıdır. Bu nedenden dolayı şöyle bir çalışmanın içerisindeyiz. Her dilekçemize bunu yazardık. Şimdi avalde rıza kavramına da kefalette eşin rızasında da zaten dikkat ederseniz bu tip borç ilişkilerinin muhatap kitlelerine genellikle ve genellikle bankalar ve kredi kuruluşları, faktöring şirketleri yani ellerinde çok fazla yetki olan ve sistemin aktörü haline gelen kurumlardır. Doğal olarak bu kuruluşlarla yapılan sözleşmeleri bireyler arası yapılan sözleşmelerle eşdeğer

görebilmemiz mümkün değildir. O nedenle kanun koyucu daha sözleşme yapılırken koruyucu hükümler getirmelidir. O nedenle biraz önce söyledim. Rıza kavramını doğru anlamamız lazım. İşlem yapılmadan önce rıza verilirse buna izin deriz, işlem yapıldıktan sonra icazet veya onama deriz. O nedenle kefalet izin koşuluna bağlanmış. Avalde de kanaatimce aynı düzenleme olmalıydı. Aksi durumun varlığında sonuç istenmeyen bir durumu ortaya çıkarıyor. Ama bakınız bu noktada şunu söylemekte yarar var. Her kanun mutlaka bir sosyal ihtiyacın sonucunda şekillendirilebilir. Kanunun çıkarılmış olması bir daha değiştirilemeyeceği, kapsamının genişletilemeyeceği anlamına gelmiyor. Aslında bu içtihadı birleştirme kararı da bu anlamda değerlendirildiğinde bir ikaz niteliğinde ve bununla ilgili olarak gerekli çalışmalar yapılmalıdır. Hatta hukuk fakültesi öğrencileri olarak bu konuda görüşlerinizi sizler bizlere iletebilirsiniz bizler de gerekli makamlara iletebiliriz.

Soru 1: Kadınları güçlendirmek için, kadınları savunan ulusal veya uluslararası kuruluşlar var mıdır yoksa bile olsaydı böyle kuruluşlar kadın haklarını güçlendirebilir miydi?

Av. Nazan Moroğlu

Kadınları güçlendirmek için uluslararası alanda BM var. Türkiye'nin üyesi olduğu başından beri. Avrupa Konseyi var yine aynı şekilde Türkiye'nin üyesi olduğu bir kuruluş. Bu her iki kuruluş da ikinci dünya savaşından sonra insan hakları açısından yıkım yaşayan bir dünyayı yeniden ayağa kaldırmak üzere kurulmuştur. Eşitlik, kalkınma, barış ana temasıyla kurulmuştur ve kuruluşundan itibaren de her ikisinde de kadını statüsü komiteleri vardır. Kadınları güçlendirmek için çalışmalar yapmıştır. Biraz önce sözünü ettiğim Kadınlara karşı Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılması Sözleşmesi çok önemli bir yol haritasıdır hukukçular için ve biz avukat arkadaşlarımıza da diyoruz ki dilekçenizde buna yer verirsiniz o zaman iç hukuk yolları tüketildikten sonra da hakka ulaşmak mümkün. Tabi bu kısa sürede bunları açıklamam çok zor. Ama uluslararası alanda aile içi şiddetle ve kadına yönelik şiddetle mücadele eden kuruluşlar var. Belki şuna değinmeme izin verin sürem dahilinde. Dünya tarih boyunca geliştikçe haklar da verilmeye başlanmıştır

insanlara. Kölelikten nerelere geldik. Kadınlara karşı Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılması Sözleşmesi 1979'da BM tarafından kabul edildi. Bu sözleşme 5 yıl boyunca hazırlandı uzmanları tarafından her konuda iş hayatında eşitlik, siyasette eşitlik vb.. Ancak şuna dikkatinizi çekiyorum. Bugün kadının artık en büyük sorunu olan aile içi şiddet konusunda bir cümle bile yok. Çünkü o tarihte bu sözleşmeyi hazırlayanlar tutanakları okuduğumuz zaman tartışmışlar ve bunun özel alan olduğuna karar vermişler. Şimdi ise 2011 yılında Avrupa Konseyi'nde kabul edilen kadına yönelik aile içi şiddetle mücadele sözleşmesi İstanbul Sözleşmesi adını taşır. Çünkü İstanbul'da imzaya açılmıştır. Türkiye ilk imzalayan ve ilk onaylayan hemen İstanbul Sözleşmesi paralelinde de 6284 sayılı Şiddetle Mücadele Yasasını çıkaran ülke olmuştur. Şimdi demek ki uluslararası alanda bu kurumlar ve yapılan sözleşmeler var. İç hukukta 1990 yılında Kadından Sorumlu Devlet Bakanlığı kurulmuştur. Gerçekten bu eşitliğe doğru yasaların değiştirilmesi kadının güçlenmesi için çok büyük destek oluşturdu. Daha sonra tabi bu anlayış biraz farklılaştı. Ülkelerde kadına yönelik ilerlemeler dirençle karşılaşıyor. Kolay değil tarih boyunca bir yere kadar getirilmiş. Sonra bu bakanlık Aile Bakanlığı oldu. Sonra Aile ve Çalışma Bakanlığı oldu. Yani kadın için bir kurumsal yapı var diyemeyeceğim.

Soru 2: Küçük yaşta kız çocuklarının evlendirilmesiyle ilgili aile büyüklerine karşı bir yaptırım uygulanması doğru mudur? Bu durumun caydırıcılık niteliği kazanması için ne yapılabilir?

Av. Nazan Moroğlu

Anayasa Mahkemesi 2016 yılında bir karar verdi. Ceza kanunumuzda resmi nikah yapılmaksızın dini merasimin yapılması aynı zamanda küçük yaştakilerinde evlendirilmesine yol açtığı için suç olmuştur. Ancak 2016 yılında Anayasa Mahkemesi bunu iptal etti. Tabi anlayamıyoruz bunun gerekçesini. İşte orada aile büyüklerine yaptırım vardı. Bu iptalle birlikte biraz önü açılmış oldu küçük yaşta evlendirmenin.

***Av. Nazan Moroğlu süresi içinde tebliği göndermemiş bulunduğundan yayınlanmamıştır.**

II. OTURUM

Oturum Başkanı Prof.Dr. Fehim Üçışık

Çok teşekkür ediyoruz. Bu oturum İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku ile ilgili idi. Ancak ben iki noktaya temas etmek istiyorum. Çünkü öğrenciler benim fikirlerimi biliyor. Acaba hanımlar çalışma hakkı mı özgürlüğü mü kullanıyor. Yani üç çocuğunu kilitleyip de, paranın gözü kör olsun diyen insan özgürlük mü kullanıyor mu? Şöyle söyleyeyim, İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin sunduğu sosyoekonomik düzende böyle şeyler yok. Çünkü bir çalışanın aile geçindirecek düzeyde maaş ve ücret alması lazım. Dolayısıyla eşimin aldığı parayla ailemiz geçinemiyor, çalışmak zorundayım diyen bir hanım tasavvur edemeyiz. Sosyal Güvenlik teoremine gelince, seksen sekiz yaşında kız çocuklarına babası öldüğü için bakıyorlar. Sosyal sigortanın çelişkili uygulamaları. Seksen sekiz yaşında tıpkı seksen sekiz günlük gibi. Olur mu böyle şey? Yurtdışında bir sempozyumda da söylemiştim, sosyal sigorta kalkmalı, sosyal güvenlik prime bağlı olmadan uygulanmalı. Biraz evvel oturum başında söylemiştim, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi diyor ki toplumun bir üyesi olarak sosyal güvenlik hakkı var, prim ödediği için değil. Bugünkü sistemde banka ve holding sahipleri çocuklarına devrettiğinde sosyal güvenlik sistemimizden yardım alıyorlar. 2800 TL gibi. Sosyal yardım alıyorlar, yatları var, jetleri var, holdingleri var, ancak çocuklarına devrettikleri gerekçesini ileri sürüyorlar. Sosyal güvenliği herkese primsiz sistem çerçevesinde sağlamak 1948 Evrensel Bildiri'nin öngördüğü düzen, maalesef 1952'de Sosyal Güvenliğin Asgari Normlar Hakkında Sözleşme finansman, prim ödeme şartına bağlanabilir, ikamet şartına da bağlanabilir gibi hükümlerle işi yozlaştırmış. Dersteki arkadaşlarım biliyorlar.

Her iki konuşmacıya da çok güzel tebliğleri için, açık, seçik, berrak, anlaşılır tebliğleri için teşekkür ediyorum. Oturumu kapatıyorum.

4857 SAYILI KANUNA GÖRE KADINLARIN HAKLARI

Prof. Dr. Nurşen Caniklioglu*

I.GENEL OLARAK

Kadınların da çalışan bir birey olarak İş Kanununun işçilere tanımış olduğu tüm haklardan ayrımsız bir şekilde yararlanacağı açıktır. Ancak kadınların biyolojik özellikleri onlara daha farklı kuralların uygulanmasını ve kadına özel bazı haklar tanınmasını zorunlu kılar. Bu farklı kuralların oluşturulmasının temelinde sıklıkla iş sağlığı ve güvenliğinin, bir diğer deyişle kadının sağlığının ve güvenliğinin korunması amacının yattığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Gerçekten İş Kanunundaki kadını koruyucu düzenlemeler genellikle kadının biyolojik özelliği ile ilintilidir. Özellikle de kadının doğurganlığını ve anneliğini dikkate alarak, hem kendisinin hem de bebeğinin sağlığının korunması amacıyla Kanuna konulan hükümlerle kadın korunmaya çalışılmaktadır. Bu amaçla bazı işlerde kadın istihdamı yasaklanmış, bedensel olarak uygun olmadığı düşünülen bu işlerde kadınların çalıştırılması engellenmiştir.

Bu genel yasaklamanın dışında esas itibariyle yaptığı işe bakılmaksızın kadının çalıştırılması bazı dönemlerde yasaklanmakta ya da sınırlandırılmaktadır. Bu hükümler de aşağıda üzerinde durulacağı üzere kural olarak kadının gebeliği ve doğumu ile bağlantılıdır. Gerçekten yine doğum sonrası belirli bir süre hem kadının hem de çocuğun sağlığının korunmasına yönelik olarak kadının çalışma sürelerinde ve çalışabileceği gün döneminde bazı sınırlandırmalar söz konusu olmaktadır.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Kadının korunması sadece alıştırma yasakları yöntemi ile değil ona bazı dönemlerde daha fazla ihtiyaç olan izin hakları tanınmasını yöntemini kullanmayı da gerekli kılar. Her ne kadar hukukumuza göre bebeğin/çocuğun bakımı anne ve babanın sorumluluğunda olsa da bebeğin beslenmesinde annenin önemi yadsınamaz. Anne sütünün bebek beslenmesindeki yeri, sadece beslenme ile sınırlı olmaksızın anne ile bebek arasındaki bağın o ilk dönemde kurulması ve geliştirilmesinin bebeğin gelişimindeki önemi dikkate alındığında bu dönem için kadına bazı izin haklarının tanınması şart olmaktadır. İşte bu nedenlerle kadınlara gebelik ve doğuma bağlı olarak bazı haklar tanınmıştır. Belirtelim ki, bu haklardan bazıları ancak kadının talebi üzerine kullanılabilirken bazıları ise talep olup olmadığına bakılmaksızın kullandırılmak zorundadır. Ücretsiz doğum izni, doğum sonrası yarım çalışma izni talebe bağlı haklar iken bebek beslenmesindeki önemi süt izninin talep olduğuna bakılmaksızın işçiye tanınmasını gerekli kılmaktadır.

Yukarıda sayılan tüm hususlar oldukça önemlidir ve gereklidir. Ancak alışan kadının işini elinde tutabilmesi de bir o kadar önemlidir. Salt cinsiyeti, gebeliği, doğum ya da analık sebebiyle kadının mevcut işini kaybetmemesi, kendi ayakları üzerinde durabilmesi, maddi ve manevi varlığını geliştirebilmesi, çalışma hakkını gereği gibi kullanabilmesi açısından özel bir korumayı gerektirir. Nitekim birçok uluslararası belgede bu konuda özel düzenlemeler yapılmış, mevzuatımızda da konu özel olarak ele alınmıştır. Bu nedenle Tebliğimizde bu konu üzerinde de durulacak ve mevzuatımızdaki hükümlere kısaca yer verilecektir.

Nihayet Tebliğde üzerinde duracağımız bir diğer konu sadece kadın işçilere tanınan evlilik sebebiyle iş sözleşmesini fesih ve kıdem tazminatı talep edebilme hakkıdır. Bu hakkın uygulamada oldukça sık kullanıldığı da görülmektedir. Ancak bu hakkın bazen Kanundaki hükümlere aykırı kullanıldığı ve kadınların yanlış bilgi sebebiyle hak kayıplarına uğradığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bu nedenle yargıya yansıyan uyuşmazlıklar

da dikkate alınarak bu konu üzerinde de durulacak ve bu konuda ne gibi hatalı uygulamalar yapıldığına dikkat çekilecektir.

Yukarıda sözü edilen ve bu tebliğin sistematüğını de ortaya koyan düzenlemeler çalışma yaşamına katılmış ve bir iş sözleşmesi ile çalışan kadınların korunması amacına yöneliktir. Ancak istatistiki veriler kadınların istihdama katılımının erkeklere göre çok daha düşük olduğunu göstermektedir. 2015 yılı verilerine göre Avrupa’da kadınların % 64,3’ü işgücü piyasasında yer alırken bu oran erkeklerde % 75,9 olmaktadır¹. Ülkemizde ise 2018 verilerine göre 15 yaş ve üzeri nüfusta erkeklerin istihdama katılım oranı % 70,9 iken bu oran kadınlarda 32,9’dur². Avrupa’da da erkeklerin istihdama katılım oranı kadınlara göre daha yüksektir, ancak her iki oran arasında çok ciddi bir farklılık bulunmamaktadır. Görüldüğü gibi, ülkemizde kadınların istihdama katılım oranı erkeklerin yarısı bile değildir. Türkiye’deki bu fark Avrupa ile karşılaştırıldığında kadınlar aleyhine çok ciddi bir olumsuzluğu ortaya koymaktadır. Dolayısıyla ülkemizde kadınların çalışma yaşamında korunması kadar çalışma yaşamına katılımını kolaylaştıran düzenlemelerin de artırılması büyük bir önem taşımaktadır³.

¹ Civan, Orhan Ersun: İş Sağlığı ve Güvenliğinde Özel Politika Gerektiren Gruplar, Ankara Barosu Dergisi, 2017/4, 209-210; başka bir değerlendirme için bkz. Dedeoğlu, Saniye: Eşitlik mi Ayrımcılık mı? Türkiye’de Sosyal Devlet, Cinsiyet Eşitliği Politikaları ve Kadın İstihdamı, Çalışma ve Toplum D., 2009/2, 49-50.

² <https://biruni.tuik.gov.tr/medas/?kn=72&locale=tr> (Erişim tarihi: 1.2.2020).

³ Öğretide Bakırcı, Türkiye’de istihdam edilen kadın ve erkek oranları arasındaki büyük uçurumun giderilmesinin mevzuatta yalnızca yasaklayıcı hükümlerin getirilmesiyle mümkün olmadığına dikkat çekmektedir Bakırcı, Kadriye: İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler, Sicil İş Hukuku D., S. 8, Aralık 2007, 25. Belirtelim ki, Hukukumuzda kadınların istihdamını artırmak amacıyla kadın istihdam eden işverenler için sosyal sigorta prim teşviklerinde bazı kolaylıklar sağlanmaktadır. Bu bağlamda 6111 sayılı Kanun ile öngörülen ve 4447 sayılı Kanuna eklenen geçici 10. madde önemlidir. Altı aydan beri işsiz bir kadının, işyerindeki ortalama sigortalı

II. ÇALIŞMA YAŞAMINDA KADININ KORUNMASINA İLİŞKİN ÖZEL DÜZENLEMELERİN ANAYASAL DAYANAĞI

Çalışma yaşamında kadının korunması, özellikle de ayrımcılığa uğramaması ve biyolojik özelliklerinin dikkate alınarak çalıştırılmasına ilişkin pek çok uluslararası belge bulunmaktadır⁴.

Kadının korunmasına yönelik ulusal düzenlemelerin en başında ise kuşkusuz 1982 Anayasası gelmektedir. 1982 Anayasasının 10. maddesinde genel olarak eşitlik ilkesi dile getirildikten sonra kadınlara ilişkin özel nitelikli hükümlere yer verilmiştir. Anayasanın 10. maddesinin birinci fıkrasına göre “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir”. Yukarıda da ifade edildiği gibi kadın bir birey olarak bu eşitlikten yararlanacaktır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında “Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz” (m.10) hükmüne yer verilmiştir. Böylece Anayasamız kadınların çalışma hak ve özgürlüğünden herhangi bir engelle karşılaşmadan yararlanabilmesi için gerekli önlemlerin alınmasını Devlete

sayısına ilave olarak işe alınması halinde işverenin onun adına Kuruma ödeyeceği işveren prim payını, -işsizlik sigortası primi hariç- İşsizlik Sigortası Fonu karşılamaktadır. Ancak bu teşvikin uygulama koşulları oldukça zor olduğu için bu açıdan teşvikin amacına ulaştığından söz edebilmek çok da mümkün değildir. Bu teşvik hakkında bkz. *Güzel, Ali/Okur, A. Rıza/Caniklioğlu*, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, 18. Bası, İstanbul 2018, 306 vd.; *Caniklioğlu*, Nurşen: Sosyal Sigorta Prim Teşvikleri, İstanbul 2011, 75 vd.

⁴ Uluslararası belgelere ilişkin bilgi için bkz. *Taşkent, Savaş/Kurt*, Dilek: Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Mevzuatında Kadın İşçinin Korunması, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2014/1, 32 vd.; *Arslan Ertürk*, Arzu: Kadın İşçilerin Çalışma Şartlarına İlişkin Türk İş Mevzuatının Öngördüğü Düzenlemelere Genel Bir Bakış, MUHF - HAD, C.23, S.1, 350-352.

bir yükümlölük olarak yüklerken bunun için alınacak önlemlerin eşitliğe aykırı olmayacağını da anayasal bir ilke olarak kabul etmiştir.

1982 Anayasasında kadınların doğrudan çalışma yaşamında korunmasına ilişkin özel hükümler de bulunmaktadır. “Çalışma Şartları ve Dinlenme Hakları” başlığını taşıyan 50. maddeye göre; “Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar”. Öğretide bizce de isabetli olarak, söz konusu düzenlemeyle “kadınların, fiil ehliyeti olmayan küçükler ve ruhî yetersizliği olanlarla aynı düzenlemeye tabi kılınarak, eşit bireyler olarak değil, kısıtlı, çaresiz, zayıf ve korunmaya muhtaç varlıklar konumuna” sokulduğu ifade edilmektedir⁵. Yine aynı görüşe göre ikinci fıkranın Anayasadan çıkarılması ve bu maddeye eklenecek ayrı bir fıkrayla, “çalışan kadınlara karşı doğrudan ve dolaylı ayrımcılığın yasak olduğu, işin niteliğinin gerektirdiği hallerde yapılan ayrımcılığın ayrımcılık sayılmayacağı, kadınların yalnızca biyolojik nedenlerin zorunlu kıldığı hallerde korunacakları” yönünde düzenleme yapılması gerekmektedir⁶.

III. 4857 SAYILI İŞ KANUNUNDA KADININ KORUNMASINA YÖNELİK DÜZENLEMELER

1.Yer Altında ve Sualtında Çalışma Yasağı: Koruma Olup Olmadığı

İş Kanununun 72. maddesine göre, “Maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde onsekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların çalıştırılması yasaktır” (İş K. m.72). Maddede bazı işler örnek olarak sayıldıktan sonra genel olarak yer altında ve su altında yapılan tüm

⁵ Bakırcı, İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik, 23.

⁶ Bakırcı, İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik, 23.

işlerde kadınların çalıştırılması yasaklanmıştır. Dolayısıyla anılan nitelikteki bir iş için kadınla yapılacak iş sözleşmesi Kanunun emredici hükmüne aykırılıktan dolayı geçersiz olacaktır⁷. Bu geçersizliğin ileriye etkili olacağını da belirtmek gerekir (TBK m.394/3).

Kanundaki bu düzenlemenin kimsenin yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan bir işte çalıştırılmayacağına ilişkin Anayasa m. 50 hükmünün bir gereği olduğu akla gelebilir⁸. Ancak kanaatimizce kadını korumak için öngörülen bu düzenleme oldukça geniş bir içeriğe sahiptir ve kadının çalışma hakkına müdahale niteliği taşımaktadır. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün Türkiye'nin de imzalamış olduğu 45 sayılı Sözleşmesinde⁹ de kadınların çalıştırılmayacağı bazı işlere yer verilmiş ve yaşı ne olursa olsun kadınların maden ocaklarında yeraltı işlerinde çalıştırılmayacağı belirtilmiştir. Ancak hemen görüleceği üzere Sözleşmede, kadınların maden ocaklarının yer altı işlerinde çalıştırılması yasaklanmıştır (m.2). Sözleşmede maden ocağı tabirinin, gerek kamu, gerekse özel niteliğine sahip ve yeraltında mevcut maddelerin çıkarılmasını amaçlayan her türlü teşebbüsleri kapsadığı belirtilmiştir. Oysa 4857 sayılı Kanun kadınların *her türlü yer altı işleri ile su altı işlerinde* çalışmasını yasaklamaktadır. İş Kanunundaki düzenleme dikkate alındığında kadınların örneğin metroda güvenlik görevlisi ya da vatman olarak çalışıp çalışamayacağının da tartışılması gerekir. Bunun gibi bir kadının istemesine rağmen sualtına dalış eğitimleri vermesi ya da sualtında

⁷ Bu tür sınırlamalar genellikle işverene yönelik olup yasağa aykırı davranan işçilere yönelik bir yaptırım söz konusu değildir. Bu yasağın muhatabı da kadınlar değildir; burada kadınlar hükümle korunması amaçlanan grubu oluşturur, *Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş, İş Hukuku*, Ankara 2014, 537, 538.

⁸ Bu yöndeki görüş için bkz. *Arslan Ertürk*, 356. Yazar “böylece onun daha iş sözleşmesinin yapılması sırasında korunması sağlanmıştır” demektedir, 356. Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. *Taşkent/Kurt*, 36; ayrıca bkz. *Süzek*, 837.

⁹ Sözleşmenin metni için bkz. https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377248/lang--tr/index.htm

bir fotoğraf çekimi amacıyla bir iş sözleşmesi yapması da mümkün olamayacaktır. Tüm bu nedenlerle bize göre günümüz koşullarında bu yasağın tekrar gözden geçirilmesi gerekmektedir¹⁰.

Bizce bu yasak daha sınırlı bir alana özgülenmeli, özellikle de kadının sağlığı açısından özel bir tehlike yaratıyorsa veya çalışma koşulları örneğin psikososyal riskler¹¹ açısından riskli görünüyorsa, bilimsel olarak haklılaştırılabildiği ölçüde bu gibi işler için yasaklama öngörülmelidir¹².

Yer altı maden işleri açısından değerlendirilmesi gereken bir başka husus da 45 Sayılı Sözleşmede bu yasak için öngörülen istisnaların hukukumuzda öngörülmemiş olmasıdır. Söz konusu Sözleşmeye göre, yönetici görevi olup bedenlen çalışmayanlar, sağlık ve sosyal hizmetlerde çalışanlar, mesleki bilgilerini tamamlamak amacıyla bir maden ocağında yeraltı işlerinde staj görmelerine izin verilenlerle, bedenlen çalışma niteliğinde olmayan bir sanatın icrası için bir maden ocağının yeraltı kısımlarına tesadüfi olarak inmesine gerek görülenler ulusal kanunlarla yasaktan istisna edilebilirler (m.3). Bizim hukukumuzda da bu yönde istisna tanınması isabetli olacaktır¹³. Şunu da belirtelim ki, 2013 yılında yürürlükten kaldırılmış olan Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliğine¹⁴ 2004 yılında bu yönde bir hüküm eklenmişti¹⁵. Yönetmeliğin 4. maddesinde önce, EK-1 deki çizelgede karşısında (K) harfi bulunmayan işlerde

¹⁰ Bu konuda ayrıca bkz. *Yıldız*, 288-289.

¹¹ Bu kavramla ilgili geniş açıklamalar için bkz. *Kandemir*, Murat: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Boyutuyla Psikososyal Riskler, İstanbul 2017, 21 vd.

¹² Benzer yönde *Bakırcı*, İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik, 27-28.

¹³ Aynı yönde *Bakırcı*, İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik, 27. Yazar bu istisnalara yer verilmemiş olmasını yasaklamanın amacına ve eşitlik ilkesine aykırı bulmakta, staj yapanlar hariç, yerüstü faaliyetleri ağırlıklı olan bu gruplara, yeraltı faaliyetlerinin tamamen yasaklanmasının haklı bir gerekçesi olmadığını ifade etmektedir, aynı yer.

¹⁴ Yönetmelikle ilgili açıklamalar için bkz. Aşağıda III, 3, a.

¹⁵ RG., 6/6/2004, 25494.

kadınlar ve (Gİ) harfleri bulunmayan işlerde de 16 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını bitirmemiş genç işçilerin çalıştırılmayacağı belirtilmiş, ardından aynı maddenin 3. fıkrasında, “*Ancak; ihtisas ve meslek öğrenimi veren okulları bitirip bu işi meslek edinmiş kadınlar ihtisas ve mesleklerine uygun ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılabilir*” hükmüne yer verilmişti. Yine Yönetmelikte ilgili Bakanlıklarca yeterliliği kabul edilen kursları bitirip, o işi meslek edinmiş olan kadınlar ile 16 yaşını doldurmuş genç işçilerin EK-1'deki çizelgenin 36. sırasından 66. sırasına kadar (66 dahil) sayılan işlerde çalıştırılabileceği belirtilmişti (m.4/5). Söz konusu Yönetmelik 2013 yılında yürürlükten kaldırılınca bu düzenlemeler de yürürlükten kaldırılmış oldu. Ancak bize göre zaten istisnanın Kanunda düzenlenmesi, ayrıntıların yönetmeliğe bırakılması daha doğru bir yöntem olacaktır.

Mevcut düzenlemede bu nitelikte bir istisna öngörülmediği için uygulamada bazı duraksamaların yaşanması söz konusu olabilmektedir. Ancak kanaatimize göre, açıkça böyle istisna hükmü olmasa da, eğer kadın işçi baskın olarak zamanının büyük bir bölümünü yer altında geçirmiyorsa, asıl görevi genel olarak yönetim ve denetimle sınırlı olup ihtiyaç çıktıkça, sınırlı bir şekilde yer altına iniyorsa bu çalışmanın yasak kapsamında olmaması gerektiği kanaatindeyiz. Buna karşılık konunun açıkça düzenlenmesi kadın maden mühendislerinin varlığı karşısında bir daha düşünülmesi gereken bir husustur.

Kaldı ki, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda zaten kimsenin bedensel ve ruhsal özelliklerine uymayan işlerde çalıştırılmayacağı düzenlenmekte, tehlikeli ve çok tehlikeli işlerde sağlık raporu alınmadan kimsenin çalıştırılmayacağı öngörülmektedir. Gerçekten anılan düzenlemeye göre, “*Tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işlerde çalışacaklar, yapacakları işe uygun olduklarını belirten sağlık*

raporu olmadan işe başlatılamaz” (m.15)¹⁶. Dolayısıyla yapılacak sağlık gözetimi ve alınacak sağlık raporu sonucunda iş sağlığı ve güvenliği açısından çalışmasında bir sakınca olmadığının anlaşılması halinde kadının örn. su altında bir bilimsel ya da sanatsal çalışma yapması yasak olmamalıdır.

Sonuç olarak, konunun kadının bedensel özellikleri, doğurganlığı gibi hususlar da dikkate alınarak günümüz koşullarında bilimsel bir değerlendirmeye tabi tutulması ve daha çağdaş, daha amaca uygun bir düzenleme yapılması isabetli olacaktır.

2. Analık İzninde Çalıştırma Yasağı

4857 sayılı Kanunda kadın işçinin çalıştırılmasını yasaklayan bir başka düzenleme de 74. maddede yer almaktadır. Maddenin içeriğine geçmeden önce belirtmek gerekir ki, bu süre Kanunda “analık izni” olarak ifade edilmektedir. Oysa düzenlemenin amacı kadına izin verilmesi olmayıp bu sürede kadının çalıştırılmasının yasaklanmasıdır. Nitekim İş Kanununun 18. maddesinde, “74 üncü maddede öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmasının *yasak olduğu* sürelerde işe gelmeme”sinin iş sözleşmesinin feshi için geçerli sebep olamayacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla terminolojik olarak analık izni deyiminin, bu süreyi ücretsiz doğum izninden ayırmak için kullanıldığı düşünülebilirse de, kanaatimize göre deyimlendirme isabetli değildir. Bu nedenle biz bu süreyi aşağıda

¹⁶ Öğretide *Bakırcı*, İş Sağlığı Hizmetleri Hakkında 161 sayılı Sözleşme ve 171 sayılı Tavsiye Kararı ile Madenlerde Sağlık ve Güvenlik Koşulları Hakkında 176 sayılı Sözleşme ve 181 sayılı Tavsiye Kararının, cinsiyet ayrımı gözetmeksizin tüm işçilerin madenlerde sağlıklı ve güvenli çalışma ortamını sağlamak ve madenlerde yapılan çalışma için sağlık ve güvenlik önlemlerini oluşturmak ve uygulamak amacına uygun olarak çıkarıldıklarını belirtmektedir, İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik, 27.

işçiye verilecek izinler arasında değil işçinin çalıştırılmasının yasak olduğu iş ya da dönemler içinde ele almayı uygun bulduk¹⁷.

4857 sayılı İş Kanununa göre, “Kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam onaltı haftalık süre için çalıştırılmamaları esastır. Çoğul gebelik halinde doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta süre eklenir. Ancak, sağlık durumu uygun olduğu takdirde, doktorun onayı ile kadın işçi isterse doğumdan önceki üç haftaya kadar işyerinde çalışabilir. Bu durumda, kadın işçinin çalıştığı süreler doğum sonrası sürelerle eklenir”. Kadının çalıştırılmasının yasak olduğu süreler nisbi emredici nitelikteki en az sürelerdir. Dolayısıyla bu sürelerin azaltılması mümkün değildir. Buna karşılık iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesi ile artırılması mümkündür¹⁸.

2011 yılında 6111 sayılı Kanunla 74. maddeye eklenen bir hükme göre, kadın işçinin erken doğum yapması halinde doğumdan önce kullanamadığı çalıştırılmayacak süreler, doğum sonrası sürelerle eklenmek suretiyle kullanılır. Böylece değişiklikten önceki dönemde, erken doğum halinde doğumdan sonraki sürenin uzatılamamasının yarattığı sakınca giderilmiştir ve düzenleme bizce de isabetli olmuştur¹⁹.

Öte yandan Kanunda sadece çocuğun erken doğması hali düzenlenmiş, buna karşılık çocuğun doğum sırasında ya da doğduktan

¹⁷ Nitekim öğretide Alman Hukukunda analık izni değil, bu dönemin çalıştırma yasakları ya da koruma süresi olarak adlandırıldığı ifade edilmektedir, *Şahin Emir*, Asiye: İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Analık, Ankara 2019, 84. Bizce de isabetli olan budur.

¹⁸ *Senyen Kaplan*, E. Tuncay: İsviçre ve Türk İş Hukukunda Kadın İşçinin Hamilelik ve Analık Durumundaki Ücret ve İzin Hakkı, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, İzmir 2000, 714; *Köseoğlu/Kaya*, 55; *Şahin Emir*, 85.

¹⁹ Öğretide *Senyen Kaplan* da yasal değişiklikten önce bu sürenin koruma süresi olduğu erken doğum sebebiyle sürenin kısaltılmaması gerektiğini belirtmekteydi, 714.

sonra ölmesine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Öğretide çocuğun doğumdan kısa bir süre sonra ölmesi halinde doğumdan sonraki sürenin kısaltılmasının söz konusu olmayacağı belirtilmektedir²⁰. Bizce de erken doğumda olduğu gibi çocuğun ölü doğması ya da çalıştırmanın yasak olduğu dönemde çocuğun ölmesi sebebiyle bu sürenin kısaltılması gerekir. Zira doğumdan sonra kadının çalışmaması gereken sürenin temelinde sadece çocuğun bakımı ile ilgilenmek değil, kadının doğum sonrası bedensel ve ruhsal olarak normal dengesine dönebilmesi için ona zaman tanımak amacı da yatar. Bu nedenle kural olarak Kanunda çalışmanın yasak olduğu sürenin çocuğun ölümü halinde de kadına tanınması gerekir. Ama Alman Hukukunda olduğu gibi, eğer kadın açıkça talepte bulunur ve hekim tarafından çalışmasında bir sakınca olmadığı tespit edilirse doğumdan sonraki iki haftadan itibaren çalışması da mümkün kılınabilir (Mutterschutzgesetz §.3, (4)). Ekleyelim ki, Alman Hukukunda bu yönde talepte bulunan kadına bu isteğinden vazgeçme hakkı da tanınmıştır. İş Kanununda da aynı yönde düzenlemeler yapılması isabetli olacaktır.

Kanunda, kadının çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerin taraf iradeleri dışında hekim raporuyla uzatılmasına da imkân tanınmıştır. Gerçekten Kanuna göre, analıkta çalıştırmanın yasak olduğu bu süreler kadın işçinin sağlık durumuna ve işin özelliğine göre doğumdan önce ve sonra gerekirse artırılabilir. Bu süreler hekim raporu ile belirtilir (m.74/3). Dolayısıyla hekim doğumdan önce ya da sonraki süreyi sadece kadın işçinin sağlık sorunları yaşaması, örneğin düşük tehlikesi sebebiyle değil kadın işçinin çalıştığı işin özelliğini dikkate alarak da artırılabilecektir.

²⁰

Senyen Kaplan, 714; ayrıca bkz. *Tulukçu*, Binnur: İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Gebe ve Anne İşçilerin Korunması, Ankara 2000, 128; *Cengiz* (Urhanoglu), *İştar*: Kadın İşçilerin Hamilelik ve Analık Durumlarının İş Sözleşmelerine Etkisi, Kamu-İş, 2009/4, 33; *Şahin Emir*, 87.

Ekleyelim ki, eğer hekim gerekli görürse işveren bu dönemde hamile kadın işçiyi sağlığına uygun daha hafif işlerde çalıştırmalıdır. Bu halde işçinin ücretinde bir indirim yapılmaz (m.74/5). Ancak işyerinde işçinin çalıştırılabileceği bir iş olmaması halinde bu durumda taraflar anlaşarak işçi ücretsiz izinli sayılabilir. Nitekim Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik'te²¹ işçinin mevcut işinde çalıştırılmasında sakınca olması halinde daha hafif işte çalıştırılabileceği, bunun mümkün olmaması halinde, çalışanın sağlık ve güvenliğinin korunması için gerekli süre içinde, isteği halinde çalışanın tabi olduğu mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla ücretsiz izinli sayılmasının sağlanacağı belirtilmektedir (Gebe veya Emziren Kadın Yön. m.7/3).

Nihayet evlat edinen işçiler de bu hakkı kullanabilirler. Bu durumda sadece doğumdan sonraki süre olan sekiz hafta kullanılabilir. Ayrıca doğumdan farklı olarak bu hakkı sadece kadın işçi değil, üç yaşından küçük bir ya da daha fazla çocuğu evlat edinen erkek işçi de kullanabilir²².

İş Kanununda analıkta çalıştırılmanın yasak olduğu dönem için işçiye ücret ödenmesine ilişkin bir hükme yer vermemiştir. Aksine iş sözleşmesinin sağlık sebepleri ile haklı feshini düzenleyen m.25/I, b bendinin son cümlesine göre, işçinin iş sözleşmesinin askıda kalması nedeniyle işine gidemediği süreler için ücret işlemez. Ancak taraflar sözleşme ile bu sürede işçiye ücret ödeneceğini kararlaştırabilecekleri²³ gibi işveren tek taraflı olarak da bu dönem için işçiye ücret ödeyebilir.

²¹ RG., 16.08.2013, 28737. Bu Yönetmelik bu Tebliğde “Gebe Emziren Kadın Yön.” olarak kısaltılmıştır.

²² *Caniklioğlu*, Nurşen: Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş ve Yarım Çalışma Ödeneği, Emegın Kurultayı-2, 27 Mayıs 2016 Ankara, 140; *Şahin Emir*, 103.

²³ *Köseoğlu/Kaya*, 55; *Tulukçu*, 134; *Şahin Emir*, 281.

Bunun dışında işçiye maktu ücret ödeniyorsa bunun analık sebebiyle çalışamama halinde de ödenmeye devam etmesi gerekir kanaatindeyiz²⁴.

3. Kadınların Gece Postalarında Çalıştırılmasına İlişkin Sınırlama ve Yasaklar

a) Genel olarak

Bazı işler niteliği gereği kesintisiz bir biçimde sürmek zorundadır. Örneğin bir hastanede hizmetin günün bazı zamanlarında bitmesi söz konusu olamaz. Bazen de işin kesintisiz devam etmesi işin niteliğinden doğmaz ama ekonomik gerekçelerle bir ihtiyaç olarak ortaya çıkar. Özellikle makinelerin çok yüksek ısılarda çalışması gereken işlerde makinenin istenen ısıya ulaşabilmesi hem uzun zaman alır hem de bu ısıya ulaşılması yüksek maliyetlere sebep olur. Makinelerin durdurulması ve yeniden aynı ısıya ulaşması zaman ve kazanç kaybı yaratır. Kimya, demir-çelik, cam ve çimento sektörlerinde böyle durumlarla karşılaşilmektedir²⁵. Bu nedenle bu gibi işlerde kesintisiz bir şekilde üretim yapılması, bunun sonucunda da çalışmanın günün her döneminde devam etmesi, bir diğer deyişle işin gece döneminde de devam etmesi söz konusu olur.

Gece döneminde çalışma sağlık açısından bazı sakıncaları bünyesinde barındırdığı için²⁶ bu döneme ilişkin olarak Kanunda işçileri koruyucu bazı özel hükümlere yer verilmiştir. Bu bağlamda da konuya ilişkin bir yönetmelik çıkarılması öngörülmüştür. Buna göre onsekiz yaşını doldurmuş kadın işçilerin gece postalarında çalıştırılmasına ilişkin usul ve

²⁴ Konuya ilişkin görüş ve değerlendirmeler için bkz. *Şahin Emir*, 279 vd.

²⁵ *Mülayim*, Baki Oğuz: İş Hukukunda Gece Çalışması, Ankara 2016, 14; *Yılmaz*, Orhun: Türk İş Hukukunda Postalar Halinde Çalışma, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1, 2018, 86.

²⁶ Gece postalarında çalışmanın Dünya Sağlık Örgütüne bağlı Uluslararası Kanseri Araştırmaları Ajansı tarafından muhtemel kanserojen etkisi bulunan faaliyetler listesine eklendiği ifade edilmektedir, *Yılmaz*, 86.

esaslar Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca hazırlanacak bir yönetmelikte gösterilir (m.73/2).

Maddede sözü edilen yönetmelik 2013 yılında “Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik” adı ile çıkarılmıştır²⁷. Belirtelim ki, 4857 sayılı Kanundan önce yürürlükte olan 1475 sayılı İş Kanununda bu konuda bir Tüzük çıkarılması öngörülmüş, ancak daha da önemlisi 1475 sayılı Kanunda kadınların gece sanayie ait işlerde çalıştırılması kural olarak yasaklanmış, hangi işlerde kadınların gece döneminde çalışabilecekleri Tüzük hükümlerine bırakılmıştı. Gerçekten 1475 sayılı Kanunun 69. maddesinde “Sanayie ait işlerde 18 yaşını doldurmamış erkek çocuklarla *her yaştaki kadınların gece çalıştırılmaları esas itibariyle yasaktır*” denildikten sonra, “*Şu kadar ki; işin özelliği icabı kadın işçi çalıştırılması gereken işlerde 18 yaşını doldurmuş kadın işçilerin gece postalarında çalıştırılmalarına, Çalışma ve Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlıkları ile Sanayi ve Ticaret Bakanlığının müştereken hazırlıyacakları bir tüzükte gösterilecek şartlar çerçevesinde izin verilebilir*” hükmüne yer verilmişti. Bu madde uyarınca çıkarılan Kadın İşçilerin Sanayie Ait İşlerde Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Tüzükte²⁸ konu Ağır ve Tehlikeli İşler Tüzüğüne atfı yapılarak düzenlenmişti.

Ağır ve Tehlikeli İşler Tüzüğünde hangi işlerin ağır ve tehlikeli iş olduğu sayılmakta, bu işlerden hangilerinde 18 yaşından küçük işçilerin hangilerinde ise kadınların çalıştırılabileceği Tüzüğe ekli bir listede gösterilmekteydi²⁹, ³⁰. Kadın İşçilerin Sanayie Ait İşlerde Gece

²⁷ RG., 24.07.2013, 28717. Bu Yönetmelik bu Tebliğde Kadın-Gece Posta Yön. olarak kısaltılmıştır.

²⁸ RG., 22.8.1973, 14633.

²⁹ Bu düzenlemenin eleştirisi konusunda bkz. *Bakırcı*, İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik 28-29.

³⁰ Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. *Köseoğlu*, Ali Cengiz/*Kaya*, Ayça: Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Korunması, Legal İHD, 2011/29,51 vd.

Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Tüzük'te ise kadınların çalışabileceği ağır ve tehlikeli işlerden hangilerinde kadınların gece çalışamayacakları belirtilmekteydi. Bu bağlamda örneğin Ağır ve Tehlikeli İşler Tüzüğü'nün 95 sıra numarasında kayıtlı insan ve eşya taşımaya özgü taşıt araçlarında pilotluk, kaptanlık, şoförlük ve bu işlerde yardımcılık; 96 sıra numarasında kayıtlı her türlü taşıt araçlarında makinistlik, arabacılık, frencilik, makasçılık ve bu işlerde yardımcılık işlerinde kadın işçilerin gece postalarında çalıştırılmaları yasaklanmıştı (m.2/2).

4857 sayılı Kanun çıkarılırken, bizce de isabetli olarak, kadınların sanayie ait işlerde gece çalışmalarına kural olarak bir yasak getirilmemiş, kadınların gece çalıştırılmasının usul ve esaslarının Yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir. Buna karşılık 4857 sayılı İş Kanununun ilk halinde kadınların ağır ve tehlikeli işlerden hangilerinde çalışabilecekleri yine 4857 sayılı İş Kanunu uyarınca çıkarılan bir yönetmeliğe bırakılmıştı. Gerçekten Kanunun “Ağır ve Tehlikeli İşler” başlığı taşıyan m.85/2 fıkrasında “Hangi işlerin ağır ve tehlikeli işlerden sayılacağı, kadınlarla onaltı yaşını doldurmuş fakat onsekiz yaşını bitirmemiş genç işçilerin hangi çeşit ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılabilecekleri Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca hazırlanacak bir yönetmelikte gösterilir” denilmişti. Bunun için de Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği³¹ çıkarılmıştı. Ancak 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile İş Kanununun 77 ve devamı maddeleri, bu bağlamda da 85. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. Söz konusu maddeler değiştirilerek ve geliştirilerek ayrı ve bağımsız bir kanun olan İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununa³² alınmıştır. 6331 sayılı Kanun ise işleri az tehlikeli, tehlikeli ve çok tehlikeli olarak sınıflandırmış (m.9), genel bir çalıştırma yasağı yerine risk değerlendirmesi yapılması, bu bağlamda da iş sağlığı ve güvenliği açısından özel politika gerektiren gruplar için, konumuzla ilgili

³¹ RG., 16.06.2004, 25494.

³² RG., 30.6.2012, 28339.

olarak gebe ve emziren çalışanlar ile kadın çalışanlar için özel önlemler alınması öngörülmüştür (m.10/1, ç). Bunlarla bağlantılı olarak da 30. maddesinde, özel politika gerektiren grupların çalıştırılması, işin özelliğine göre gece çalışmaları ve postalar hâlinde çalışmalar, gebe ve emziren kadınların çalışma şartları, emzirme odaları ve çocuk bakım yurtlarının kurulması veya dışarıdan hizmet alınması ve benzeri özel düzenleme gerektirebilecek konular hakkında bir yönetmelik çıkarılması öngörülmüştür (m.30/1, a). Dolayısıyla bizce daha çağdaş ve asıl amaca uygun bir yaklaşım ortaya konulmuş olmaktadır. Ekleyelim ki tüm bu gelişmelerle bağlantılı olarak da 2013 yılında Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği yürürlükten kaldırılmıştır³³.

Kuşkusuz eğer bazı işlerin görülmesi kadının sağlığı açısından sorunlara neden olacak nitelikte ise bu durumda iş sağlığı ve güvenliği hükümleri çerçevesinde işyeri hekiminin uygun görmemesi sebebiyle kadınların bu gibi işlerde çalıştırılmaması da söz konusu olabilecektir. Böylece genel geçer yasaklamadan ziyade kadının sağlık durumu, işyerinin özellikleri ve hekimin tespiti ile sonuca ulaşılabilecektir³⁴.

b) Kadınların Gece Postalarında Çalıştırılması

6331 sayılı Kanun m.30 uyarınca çıkarılan Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmeliğe göre, kadınlar kural olarak gece postalarında yedi buçuk saatten fazla çalıştırılmazlar (m.5/1, c.1). Ancak turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti yürütülen işlerde ve bu işlerin yürütüldüğü işyerlerinde faaliyet gösteren alt işveren tarafından yürütülen işlerde kadın çalışanın yazılı

³³ RG., 8.2.2013, 28553.

³⁴ Kadın işçinin çalışabileceği işlerin belirlenmesinde işyeri hekiminin rolü hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Özdemir, Erdem, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, İstanbul 2014, 263-267.

onayının alınması şartıyla yedi buçuk saatin üzerinde gece çalışması yaptırılabilir (Kadın-Gece Posta Yön. m.5/1, c.2).

Esasında gece döneminde 7,5 saatten fazla çalışma yasağı kadın ya da erkek olsun tüm çalışanlar için söz konusudur. Gerçekten İş Kanununun 69. maddesine göre işçilerin gece çalışmaları yedibuçuk saati geçemez, ancak, turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti yürütülen işlerde işçinin yazılı onayının alınması şartıyla yedi buçuk saatin üzerinde gece çalışması yaptırılabilir (f.3). Dolayısıyla bu hüküm kadınlara özgü bir düzenleme niteliği taşımamaktadır.

Öte yandan Yönetmelikte kadınların özel olarak korunmasına yönelik bazı hükümler de bulunmaktadır. Bilindiği gibi Kanunda işverenlerin işçilerini işe getirip götürme zorunluluğuna ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşılık Yönetmelikte kadınlara özgü bir hükme yer verilmiştir. Buna göre, *belediye sınırları dışındaki her türlü işyeri işverenleri* ile belediye sınırları içinde olmakla beraber, *posta değişim saatlerinde toplu taşıma araçları ile gidip gelme zorluğu bulunan işyeri işverenleri*, gece postalarında çalıştıracakları kadın çalışanları, sağlayacakları uygun araçlarla ikametgâhlarına en yakın merkezden, işyerine götürüp getirmekle yükümlüdür (Kadın-Gece Posta Yön. m.6). Böylece kadınlara erkek işçilere tanınmayan bir hak tanınmıştır. Hemen görüleceği üzere Yönetmelik kadının gece döneminde evinden alınıp yine evine bırakılması biçiminde bir düzenleme öngörmemiş, ikametgahlarına en yakın merkezden alınıp yine en yakın merkeze bırakılması yükümlülüğü öngörmüştür. Ancak kanaatimizce işveren kadının bırakıldığı merkezden gecenin o döneminde evine gitme olanaklarının olup olmadığını da değerlendirmeli, yoksa ya evine bırakılmasını sağlamalı ya da kadını bu koşullarda gece döneminde çalıştırmamalıdır. Bu TBK m. 417 uyarınca işverenin yükümlülüğüdür. Gerçekten söz konusu maddeye göre, “İşveren, *hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak* ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla,

özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür” (f.1). Gece döneminde ulaşımın olmadığı, ıssız alanlarda kadınların cinsel tacize maruz kalma olasılıkları yüksektir. Bunun bir psikososyal risk olduğu açıktır. Bu nedenle işverenin bu riske karşı politika geliştirmesi 6331 sayılı Kanun m. 10 uyarınca bir gerekliliktir. Bunun yerine getirilmemesi de işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcuna aykırılık oluşturur ve işverenin sorumluluğunu gerektirir.

Son olarak ekleyelim ki, 4857 sayılı İş Kanununun 104. maddesinde Yönetmelik hükümlerine aykırı hareket eden işveren ya da işveren vekilleri hakkında da idari para cezası öngörülmüştür (m.104/1).

Bunun dışında kadın çalışanların gece postalarında çalıştırılabilmeleri için, işe başlamadan önce, gece postalarında çalıştırılmalarında sakınca olmadığına ilişkin sağlık raporu işyerinde görevli işyeri hekiminden alınır (Kadın-Gece Posta Yön. m.7/1). 50’den az çalışanı bulunan ve az tehlikeli işyerleri için ise kamu hizmet sunucuları veya aile hekimlerinden de alınabilir (6331 s.lı K. m.15/3). Ayrıca işveren, işin devamı süresince, çalışanın özel durumunu, işyerinde maruz kalınan sağlık ve güvenlik risklerini de dikkate alarak işyeri hekimince belirlenen düzenli aralıklarla çalışanların sağlık muayenelerinin yapılmasını sağlar (Kadın-Gece Posta Yön. m.7/2).

Kadın çalışanın kocası³⁵ da işin postalar halinde yürütüldüğü aynı veya ayrı bir işyerinde çalışıyor ise kadın çalışanın isteği üzerine, gece çalıştırılması, kocasının çalıştığı gece postasına rastlamayacak şekilde düzenlenir (Kadın-Gece Posta Yön. m.8/1). Yine Yönetmeliğe göre, aynı

³⁵

Maddede geçen “kadın, koca, eşler” ifadeleri, bu imkânlardan Medeni Kanun hükümlerine göre evli olan eşlerin yararlanabileceğini, diğer şekillerde birlikte yaşama hallerinin bu imkanı vermeyeceğini işaret etmektedir. Aynı yönde; *Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal*, 1240.

işyerinde çalışan eşlerin aynı gece postasında çalışma istekleri, işverence, imkan dahilinde karşılanır (Kadın-Gece Posta Yön. m.8/2).

4. Gebe ve Emziren Kadınların Çalıştırılma Sürelerine İlişkin Sınırlandırmalar

Kadın çalışanlar, gebe olduklarının doktor raporuyla tespitinden itibaren doğuma kadar, emziren kadın çalışanlar ise doğum tarihinden başlamak üzere kendi mevzuatlarındaki hükümler saklı kalmak kaydıyla *bir yıl süre ile gece postalarında çalıştırılmazlar* (Kadın-Gece Posta Yön. m. 9/1). Ancak emziren kadın çalışanlarda bu süre, anne veya çocuğun sağlığı açısından gerekli olduğunun işyerinde görevli işyeri hekiminden alınan raporla belgelenmesi halinde altı ay daha uzatılır (Kadın-Gece Posta Yön. m.9/2). Bu çalışanların anılan sürelerdeki çalışmaları, Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik hükümleri saklı kalmak üzere gündüz postalarına rastlayacak şekilde düzenlenir (Kadın-Gece Posta Yön. m.9/3).

Gebe veya emziren kadınların gece postalarında çalıştırılmasına ilişkin bu düzenlemelerin dışında 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda da gebe ve emziren kadınlar için özel hükümler bulunmaktadır. Kanun işverenin risk değerlendirmesi yaparken, yukarıda da belirtildiği gibi, gebe veya emziren kadınların durumunu özel olarak değerlendirmesini ve bu konuda özel politikalar geliştirmesini öngörmüştür (m.10/1, ç). Bunun dışında Kanunda bir de Yönetmelik çıkarılması öngörülmüş, sözü edilen Yönetmelik 2013 yılında “Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik” adı ile çıkarılmıştır.

Yönetmeliğe göre, *kadın çalışanlar*, gebe olduklarının sağlık raporuyla tespitinden itibaren *doğuma kadar geçen sürede gece çalışmaya zorlanamazlar* (Gebe veya Emziren Kadın Yön. m.8/1). Görüldüğü gibi

Kadınların Gece Postalarında Çalıştırılmasının Koşullar Hakkında Yönetmelikten farklı olarak bu Yönetmelik gebe kadın işçinin gece çalıştırılması konusunda kesin bir yasak öngörmemiş, kadın işçinin buna zorlanamayacağını belirtmiştir. Ancak bize göre bu konuda kadınların gece postalarında çalıştırılması hakkında yönetmeliğe üstünlük tanımak daha isabetli olacaktır. Buna karşılık yeni doğum yapmış çalışanın doğumu izleyen bir yıl boyunca gece çalıştırılması ise her iki yönetmelik ile yasaklanmıştır. Hatta bu sürenin sonunda sağlık ve güvenlik açısından sakıncalı olduğunun sağlık raporu ile belirlendiği dönem boyunca da emziren kadın işçi gece çalıştırılmaz (Gebe veya Emziren Kadın Yön. m.8/2).

Bunun dışında Yönetmelikte kadın işçinin çalıştırılma süresine ilişkin olarak da bir sınırlandırma getirilmiştir. Buna göre, gebe veya emziren çalışan *günde yedi buçuk saatten fazla çalıştırılmaz* (Gebe veya Emziren Kadın Yön. m.9). Bu Yönetmelik anlamında gebe çalışan, “Herhangi bir sağlık kuruluşundan alınan belge ile gebeliği hakkında işverenini bilgilendiren çalışanı”; emziren çalışan ise “Tabi olduğu mevzuat hükümleri uyarınca süt izni kullanmakta olan ve işverenini durum hakkında bilgilendiren çalışanı” ifade eder (Gebe veya Emziren Kadın Yön. m.4/1, a, b).

Yönetmelikte geçen “tabi olduğu mevzuat” ile kast edilen, işçiler için 4857 sayılı İş Kanunu (m.74), devlet memurları, kamu görevlileri ve sözleşmeli personel için ise 657 sayılı Devlet Memurları Kanunudur (m.104/D). Zira bu Yönetmelik 6331 sayılı Kanun uyarınca çıkarılmış olup bilindiği gibi 6331 sayılı Kanun sadece işçileri değil aynı zamanda kamu idarelerinde istihdam edilen devlet memuru, kamu görevlisi ve sözleşmeli personeli de kapsamaktadır³⁶. Ancak biz konuyu 4857 sayılı

³⁶ 6331 sayılı Kanun ve bu Kanun uyarınca çıkarılan yönetmelikler “çalışan”ları kapsar. 6331 sayılı kanun anlamında çalışan ise, kendi özel kanunlarındaki statülerine bakılmaksızın kamu veya özel işyerlerinde

Kanuna tabi kadın işçi açısından incelediğimiz için Yönetmelikte geçen çalışanın “tabi olduğu mevzuat” ile kast edilen Kanun olarak 4857 sayılı İş Kanunu esas alacağız. Bu noktada şunu da belirtelim ki İş mevzuatımızda 4857 sayılı İş Kanununun 74. maddesi dışında süt izni öngören başka bir düzenleme de bulunmamaktadır. Buna karşılık bu maddede düzenlenen süt izni hakkı 2016 yılında 6663 sayılı Kanunla hangi kanun kapsamında olduğuna bakılmaksızın iş sözleşmesi ile çalışan tüm işçilere tanınmıştır (m.74/son).

4857 sayılı İş Kanununun 74. Maddesine göre, kadın işçilere çocuk bir yaşını dolduruncaya kadar süt izni verilmesi gerekmektedir (m.74/7). Kanun kadının eylemli olarak çocuğunu emzirmesi ile ilgilenmemiş bir yaşından küçük çocuğunun olmasını gerekli ve yeterli saymıştır. Bunun sonucunda da bir yaşından küçük çocuğu olan kadınlar emziren kadın kabul edilirler ve bu Yönetmelikteki hükümlerden yararlanırlar.

Öte yandan Yönetmelikteki süt iznini kullanan kadın açısından “işverenini bilgilendiren” denilmesini ancak bu izni nasıl kullanmak istediği konusunda bilgilendiren olarak anlamak gerekir kanaatindeyiz. Yoksa işveren zaten kadın işçinin süt iznini kullanması gerektiğini bilmek ve bu imkânı ona sağlamak zorundadır. Hatta işçinin bu konuda işverene bir bildirim yapmaması halinde işverenin işçiye bu hakkını hatırlatması ve nasıl kullanmak istediğini sorması gerekir. Aksi halde işveren süt iznini Kanuna uygun olarak kullandırmadığı için bunun yaptırımına maruz kalır.

Gebe veya emziren kadın işçi eğer haftada altı gün çalışıyorsa günlük 7,5 saat çalışma sınırı, gebe veya emziren kadına fazla çalışma yaptırmanın yasaklandığı anlamına gelmektedir. Nitekim Fazla Çalışma

istihdam edilen gerçek kişiyi ifade eder (m.3/1,b). Dolayısıyla Kanun işçiler yanında bir kamu idaresinde istihdam edilen devlet memurları, kamu görevlileri, sözleşmeleri personeli de kapsar.

Yönetmeliği³⁷ de bunu teyit etmektedir. Anılan Yönetmeliğe göre, gebe, yeni doğum yapmış ve çocuk emziren işçilere fazla çalışma yaptırılamaz (FÇY, m. 8/1, c).

Bunun dışında hükmün değerlendirilmesi gereken bir başka yönünü ise eğer gebe veya emziren kadın işçi haftada 5 gün ve günde 9 saat çalışıyorsa bu hüküm uyarınca artık kadının çalışma süresinin bu yeni duruma göre yeniden düzenlenmesi gerekliliği oluşturmaktadır. Gerçekten eğer kadın işçi haftada beş gün çalışıyor yani cumartesi çalışmıyor ve haftanın diğer çalışma günlerinde 9 saat çalışıyorsa bu durumda Yönetmeliğin bu hükmü uyarınca kadının günde 7,5 saatten daha fazla çalıştırılması mümkün olamayacaktır. Bunun sonucunda da kadın işçinin çalışma süresinin bu yeni duruma göre günlük en fazla 7,5 saat olarak belirlenmesi gerekecektir. Bu noktada akla kadın işçiden Cumartesi günü işe gelip çalışmasının talep edilip edilemeyeceği gelebilir. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 4. maddesinde “İşveren, iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin maliyetini çalışanlara yansıtamaz” denilmektedir (f.4). Hükümün esas itibarıyla iş sağlığı ve güvenliği açısından teknik olarak alınan önlemleri ifade ettiği söylenebilir. Ancak bize göre işin düzenlenmesinin getirdiği maliyetler de bu kapsamda düşünülmeli ve iş sağlığı ve güvenliği açısından oluşan bu yeni duruma işçinin değil, işverenin katlanması gerektiği kabul edilmelidir. Bu nedenle bize göre kadın işçi rıza göstermediği sürece böyle bir çalışmaya zorlanamaz³⁸.

Bu konuda dikkat edilmesi gereken bir diğer husus da 7,5 saatin içinde süt izni süresinin de bulunduğudır. Zira İş Kanununun 74. maddesine göre süt izinleri çalışma süresinden sayılır. Dolayısıyla esasında

³⁷ RG., 06.04.2004, 25425.

³⁸ Caniklioğlu, Nurşen: İş Sağlığı ve Güvenliği Alanında Sorunlar ve Gelişmeler Tebliği Yorumu, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, 15-18 Ekim 2013 Antalya, İstanbul 2014, 563.

süt/emzirme iznini kullanan kadın işçinin günlük olarak çalıştırılabileceği süre 6 saattir.

Nihayet İş Kanununun 74. maddesine göre, gebelik süresince kadın işçiye periyodik kontroller için ücretli izin verilir. Bu sürenin de 7,5 saatin içinde olduğunu kabul etmek gerekir.

Son olarak ekleyelim ki, gebe ve emziren kadınlara ilişkin Yönetmelik ekinde yer alan bazı belgelerle de gebe ve emziren kadın çalışanların bazı işlerde çalışması yasaklanmıştır. “Gebe, Yeni Doğum Yapmış veya Emziren Çalışanın Sağlık ve Güvenliği İçin Tehlikeli Sayılan Faktörlere Yönelik Alınacak Önlemler” başlığını taşıyan Ek-1 belgesine göre örneğin gebe çalışanın, ani darbelere, sarsıntıya, uzun süreli titreşime maruz kalacağı işlerde ve iş makinelerinde çalıştırılmaları yasaktır (Özel Önlemler, a, 1). Bunun gibi gebe veya emziren çalışanlar iyonize radyasyon kaynaklarının bulunduğu ve radyasyonla kirlenmiş olan yerlerde ve işlerde çalıştırılmaz. Bu gibi yerlere girmemesi uyarı levhaları ile belirtilir (Özel Önlemler, a, 3). Yine aynı Yönetmeliğe ekli 2 sayılı listede bulunan “Gebe, Yeni Doğum Yapmış veya Emziren Çalışanların Özellikle Çalıştırılmayacağı İşler Ve İşyerleri İle Burada Bulunabilecek Önemli Risk Faktörlerini Belirten Tablo”da (Ek-2) gebe veya emziren kadınların çalıştırılmayacağı işler sayılmıştır. Dolayısıyla gebe veya emziren kadının Yönetmelik ekindeki önlemlere uygun bir şekilde çalıştırılması, risk yaratan ve Yönetmelikte belirtilen işlerde ise bu dönemlerle sınırlı olarak çalıştırılmaması şarttır.

IV. KADININ AYRIMCILIĞA KARŞI KORUNMASI

1. Genel Olarak

Bir kişiyi diğerinden ayıran özelliği olan farklılığı onun doğuştan sahip olduğu bir nitelik olabileceği gibi, bireyin kimlik ve kişiliğine bağlı

olarak sonradan toplumsal yaşamda kazandığı bir özelliği de olabilir. Bireyin, bu nitelik ya da özelliği nedeniyle, haklılaştırabilecek bir sebep yokken, diğerlerinden farklı muameleye tabi tutulması adalet duygusuna zarar vereceği gibi, özü adalet olan eşitlik ilkesinin de ihlalini oluşturur³⁹. İdeali adalet olan hukukun⁴⁰ böyle bir duruma kayıtsız kalması ise mümkün değildir⁴¹. Nitekim pek çok ulusal ve uluslararası belgede ayrımcılık yasaklanmıştır.

Ayrımcılık yasağı, niteliği gereği eşitlik ilkesi ile birlikte anılmak zorundadır⁴². 1982 Anayasası da 10. maddesinde, önce eşitlik ilkesine yer vermiş, ardından ayrımcılık yasağını düzenlemiştir. 1982 Anayasasının 10. maddesine göre, “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir”. Böylece, temel hak ve özgürlüklerin güvencesi olan eşitlik; eşitliğin uygulamada bir görünüm biçimi olan ayrımcılık yasağı, anayasal düzeyde ifadesini bulmuştur. Belirtelim ki, eşitlik ilkesinin ve ayrımcılık yasağının, Anayasada, genel esaslar bölümünde düzenlenmiş olması, bu ilkenin temel bir Devlet yönetimi olarak kabul edilmesi, devlet organları

³⁹ *Caniklioğlu*, Nurşen: Sosyal Hukukun Bir Görevi Olarak Ayrımcılıktan Kaçınma ve Mağduriyetin Giderilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, 643.

⁴⁰ *Aral*, Vecdi: Toplum ve Adaletli Yaşam, Filiz Kitabevi, İstanbul 1988, 163; aynı yazar: Hukuki Değer Olarak Adalet, Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri, (Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz), İstanbul 1997, 331; *Tuncay*, A. Can: İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982, 32.

⁴¹ *Caniklioğlu*, Sosyal Hukukta, 643.

⁴² *Doğan Yenisey*, Kübra: Kadın Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku’nun Avrupa Birliği Hukuku ile Olası Uyum Sorunları, Yargıç Dr. Aydın Özkul’a Armağan, Kamu-İş Dergisi, C.6, S.4, 39; *Caniklioğlu*, Sosyal Hukukta, 643.

ve idari makamlara anayasal bir buyruk olarak, bu ilkenin her alanda esas alınması gerektiği anlamına gelmektedir⁴³.

Anayasanın 10. maddesinde sayılan nedenler uygulamadaki yaygınlığı ve öneminden ötürü hemen tüm hukuk sistemlerinde ve uluslararası belgelerde mutlak ayırım yasağının⁴⁴ kapsamını oluşturmaktadırlar. Cinsiyet ayrımcılığı da mutlak ayırım yasakları içinde yer alır. Buna rağmen kadın ve erkekler arasında uygulamada bir türlü sağlanamayan fiili eşitlik ilkesinin tekrar vurgulanması için, 2004 yılında Anayasanın 10. maddesine bir fıkra eklenmiş ve kadınlarla erkeklerin eşit haklara sahip olduğu belirtilerek, Devletin bu eşitliği sağlamakla yükümlü olduğu esasına yer verilmiştir. Esas itibarıyla, genel eşitlik ilkesinin içerdiği “adalet eşitliğinin” vurgulanması anlamına gelen “eşit haklara sahip olma ilkesi”⁴⁵, Devlete aktif görev yüklemektedir⁴⁶. Bu düzenleme sonucunda, artık, şekli eşitlik⁴⁷ anlayışının dışında, kadınların eşit haklara sahip olması için Devletin etkin olarak görev alması gereği, Türk

⁴³ *Ergun*, Özbudun: Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2017, 156; *Ulucan*, Devrim: Yeniden Yapılanma Sürecinde İş Hukuku Açısından Eşitlik İlkesi ve Uygulaması, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, Ankara 2000, 191-192; *Yüksel Onaran*, Melek: Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği, İstanbul 2000, 82; *Caniklioğlu*, Sosyal Hukukta, 644.

⁴⁴ *Tuncay*, 123. Yazara göre, mutlak ayırım yasakları, yürürlükteki hukuk düzeninin kesin olarak yasakladığı ve açıkça saydığı ayırım nedenleridir; Öğretide Yıldız böyle bir ayırım yapılmasının isabetli olmadığı görüşündedir, bkz. *Yıldız*, Gaye Burcu: İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008, 89 vd.

⁴⁵ *Gören*, Zafer: Türk Alman İsviçre Hukukuna Göre Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olması, İzmir 1998, 12; *Kantarcıoğlu*, Fulya: Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Farklı Cinslerin Eşitliği, Farklı Cinslerin Eşitliği Sempozyumu, 17-18 Mayıs İzmir, 54; *Tuncay* ise, eşit haklara sahip olmayı, eşitlik ilkesinin bir uygulama hali olarak kabul etmektedir, Eşit Davranma İlkesi, 10.

⁴⁶ *Caniklioğlu*, Sosyal Hukukta, 644.

⁴⁷ Şekli eşitlik kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Özbudun*, 157; *Yıldız*, 57-59; *Mutlay*, Faruk Barış: Sosyal Sigorta Yardımlarına Hak Kazanma Koşulları ve Eşitlik İlkesi, İstanbul 2014, 10-14.

Hukukunda anayasal bir düzenlemenin ve güvencenin konusunu oluşturmuştur⁴⁸.

Belirtmek gerekir ki, ayrımcılığı sadece eşit ya da benzer olanlar arasında yapılan farklı muamele olarak değerlendirmek, ayrımcılık yasağının özellikleri göz önünde tutulduğunda yetersiz kalmakta, ayrımcılık yasağı ile güdülmesi gereken birçok soruna bu yaklaşım cevap verememektedir. Öğretide, haklı olarak, özellikle cinsiyetler arası ayrım yasağının gösterdiği özellik nedeniyle, aynılık/farklılık ölçütünün bazı durumlarda kadınların aleyhine sonuç doğurduğu, bu sakıncaların giderilmesi için avantajlı/dezavantajlı durumda olma kriterinin kullanılması ve buna göre sonuca ulaşılması gerektiği de ifade edilmektedir⁴⁹.

İş Kanununun 5. maddesinde yukarıda belirtilen ilkelere uygun olarak iş ilişkisinde ayrımcılık yasaklanmış ve buna ilişkin yaptırıma yer verilmiştir. Madde her ne kadar “Eşit davranma ilkesi” başlığını taşısa da madde ayrımcılığı ve bunun yaptırımını düzenlemektedir. Söz konusu maddenin ağırlıklı kısmının kadınların korunmasına yönelik olduğunu söylemek de herhalde yanlış olmayacaktır. Gerçekten maddenin ayrımcılığın yaptırımı ve bunun ispatı dışındaki fıkralarının hemen tümünde, -sözleşmenin türüne ilişkin fıkra hariç-, kadınların ayrımcılığa karşı korunmasına yönelik olması tesadüf değildir.

Yukarıdaki açıklamaların da gösterdiği gibi kadın gerek 1982 Anayasasında gerekse İş Kanununun 5. maddesinin ilk fıkrasında ayrımcılığa karşı korunmuş ve genel ayrımcılık yasakları arasında cinsiyet de sayılmak suretiyle işverenin salt cinsiyeti sebebiyle kadın işçiye ayırım

⁴⁸ Caniklioğlu, Sosyal Hukukta, 645.

⁴⁹ Çelikel, Aysel: Farklı Cinslerin Eşit Haklardan Yararlanması ve Eşitlik İlkesinin Yorumu, Değişen Dünyada İnsan, Hukuk ve Devlet, Edip F. Çelik’e Armağan, İstanbul 1995, 96.

yapması yasaklanmıştır. Bunun dışında işveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz (m.5/3). Aynı şekilde aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılamaz (m.5/4). İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz (m.5/5).

Kanunda yukarıda sözü edilen hükümlere aykırılığın yaptırımını da düzenlenmiş ve iş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir (m.5/6) denilmiştir. Bunların ardından maddede ayrımcılığın ispatına ilişkin olarak da özel bir hükme yer verilmiştir. Buna göre, 20. madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur (m.5/7).

2. Kadının Eşit Değerdeki İşe Eşit Ücret Hakkı

4857 sayılı İş Kanununda yer alan bir diğer düzenleme de salt cinsiyet nedeniyle ücretlerde ayrımcılık yapılamamasına ilişkindir. Kanunun yukarıda da yer verilen 5. maddesinin dördüncü fıkrasında “*Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılamaz*” denildikten sonra beşinci fıkrasında “*İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz*” hükmüne yer verilmiştir (f. 5).

Kanuna bu yönde hüküm konulması şüphesiz sebepsiz değildir. Zira kadınların gelirleri (ücretleri) erkeklerin gelirlerinden hep daha düşük olmaktadır. Gelir ve Yaşam Koşulları 2018 sonuçlarına göre erkeklerin ortalama geliri 32.589 iken bu miktar kadınlarda 25.405'dir, yani kadınların gelirleri erkeklere göre daha düşüktür⁵⁰.

Belirtelim ki, eşit değerdeki işler, birbirinin tıpatıp aynısı olan işleri değil, değerce birbirine yakın çaba ve sorumluluk getiren işleri ifade etmektedir⁵¹. Böylece kadın ve erkeğin yaptığı işler kıyaslanırken birebir aynı iş olup olmadığını araştırmak gerekmeyecek, eşit değerdeki işlerde kadın ile erkek arasında da farklı ücret belirlenmesi mümkün olmayacaktır.

Eşit değerdeki işe eşit ücret ödenmesini öngören bu düzenlemeler mutlak eşitliği zorunlu kılmamakta; objektif veya sübjektif bazı kriterlerin varlığı halinde eşit ücret koşulu esneyebilmekte, hatta farklı koşullara sahip işçiler arasında farklı işlem yapmak bir gereklilik olarak ortaya çıkabilmektedir⁵². Örneğin eşit değerdeki işleri yapan işçilerden farklı kıdem, farklı verimlilik değerleri, farklı mesleki becerileri olan işçiler doğal olarak farklı ücret de alabileceklerdir. Ancak eşit değerde iş belirlenirken getirilecek kriterlerin ayrımcı olmaması da gerekir⁵³. Aksi halde ücret açısından da ayrımcı bir sonuç çıkacağı açıktır. Bu konuda

⁵⁰ 2014 yılı verilerine ilişkin değerlendirme için bkz. *Arslan Ertürk*, Arzu: Kadın İşçilerin Çalışma Şartlarına İlişkin Türk İş Mevzuatının Öngördüğü Düzenlemelere Genel Bir Bakış, MUHF - HAD, C.23, S.1, 350.

⁵¹ *Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal*, 739; *Öğretide Yıldız* da bilgi, kabiliyet, çaba, stres, sorumluluk ve çalışma ortamı koşulları açısından aynı taleplerin yapılması halinde eşit değerde işten söz edilmesi gerektiğini belirtmektedir, 219.

⁵² *Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal*, 722, 739-740; *Kandemir, Murat/Yardımcıoğlu*, Didem: İş Hukukunda Eşitlik İlkesi, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 30-31, Yıl: 2014, 22-23; *Baysal*, Ulaş: İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması, Legal İHD, 2010/25, 72.

⁵³ *Yıldız*, 219.

özellikle dolaylı ayrımcılık olasılığının titiz bir biçimde değerlendirilmesi gerekir⁵⁴.

İş ilişkisi devam ederken cinsiyet sebebiyle ücrette bir eşitsizliğin meydana gelmesi halinde, ücret veya ücret eklerinde⁵⁵ cinsiyet sebebiyle eşit davranılmayan kadın işçi, “dört aya kadar ücreti” tutarındaki tazminat talep hakkının yanında “yoksun bırakıldığı haklarını” da (m. 5/6) işverenden talep edebilecektir.

3. Kadının Feshe Karşı Korunması

a) Genel olarak

Şimdiye kadarki açıklamaların da gösterdiği gibi hamilelik, doğum ya da annelik işçinin işgörme edimini yerine getirmesini bazen engelleyici bazen de sınırlandırıcı etkiler yaratmakta, ayrıca işverene iş sağlığı ve güvenliği açısından yeni önlemler alma yükümlülüğü yüklemekte bu da işveren için yeni ek maliyetler anlamına gelmektedir. Bunun sonucunda bazı işverenler işçinin hamile olduğunu öğrendiğinde ya da işçi doğum yaptığında işçinin iş sözleşmesini feshedebilmektedir. Oysa aile kurmak, doğurganlık özelliğinin bir sonucu olarak hamile kalmak, çocuk sahibi olmak ve bunun yanında işini korumak ve çalışmaya devam edebilmek kadın işçinin en temel haklarından olup bu haklarını kullandığı için olumsuz bir duruma düşürülmemesi, salt bu özellikleri nedeniyle ayrımcı muameleye maruz kalmaması, ayrımcı işlemlere karşı özel olarak korunması gerektiği açıktır.

⁵⁴ Bu konuda açıklamalar için bkz. *Yıldız*, 224-225.

⁵⁵ Ücrette ayrımcılığa ilişkin “ücret” kavramına asıl ücret yanında tüm ücret eklerinin de dahil olduğu yolunda bkz. *Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal*, 740; *Baysal*, 72.

İş Kanununun 5. maddesi de “İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve *sona ermesinde*, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz” (f.3) demek suretiyle bu konudaki temel ilkeyi ortaya koymaktadır. Bu hüküm uyarınca işveren iş sözleşmesinin kurulmasında, koşullarının oluşmasında ve devamında cinsiyet ve gebelik nedeniyle⁵⁶ ayrımcılık yapamayacağı gibi sona ermesinde de bu nedenlere dayanarak farklı muamelede bulunamaz. Aksi durum ayrımcılık oluşturur ve böyle bir durumda buna ilişkin yaptırımının uygulanması gerekir. Kuşkusuz maddede geçen “gebelik” ibaresini sadece hamilelikle sınırlı düşünmemek, bunun doğal sonucu olan doğumu da içerir biçimde yorumlamak gerekir. Bu hükme aykırılık halinde yani cinsiyet ve gebelik sebebiyle ayrımcı muamele yapıldığında ise kadın işçi dört aya kadar ücret⁵⁷ tutarında ayrımcılık tazminatı talep edebilecektir (m.5/6).

Öte yandan Hukukumuzda kadın işçinin iş sözleşmesinin sona ermesinde cinsiyet, hamilelik, doğum ya da annelik sebebiyle ayrımcı muameleye maruz kalmasının yaptırımı sadece İş Kanununun 5. maddesinde düzenlenmemiştir. İş Kanununun 17. ve 18. maddesinde de başka bazı özel düzenlemelere yer verilmiştir. Aşağıda iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin özel hükümler olan 17. ve 18. maddedeki hükümler üzerinde durulacak, bu bağlamda da konu işçinin iş güvencesi kapsamına girmesi ya da girmemesine göre iki ayrı başlık altında incelenecektir.

⁵⁶

Bu konuda geniş açıklamalar için bkz. *Yıldız*, 198 vd., 216 vd.

⁵⁷

Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere dört aya kadar ücret, işçinin çıplak ücreti üzerinden hesaplanacak olup, ücretin ekleri olan ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardımlar bu ücrete dahil edilmeyecektir. (<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss73m.htm>); *Çelik*, Nuri/*Canıklıoğlu*, Nurşen/*Canbolat*, Talat, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2019, 428; *Süzek*, 455; *Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal*, 746; *Doğan Yenisey*, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, 57; *Baysal*, 75; *Odaman*, Serkan: Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti Sorunu Üzerine Görüşler, Sicil İş H. D., Haziran 2009, 79.

b) İş Güvencesi Kapsamına Girmeyen Kadın İşçinin Feshe Karşı Korunması

Bilindiği gibi iş sözleşmesinin sona ermesi hukukumuzda işçinin iş güvencesi kapsamında girip girmediğine göre farklı kurallara bağlanmıştır. İş güvencesi kapsamına girmeyen işçinin iş sözleşmesini işveren herhangi bir geçerli sebebe dayanmadan ihbar süresi tanıyarak ya da peşin ödeme suretiyle, koşulları da varsa kıdem tazminatı ödeyerek feshedebilirken işçi iş güvencesi kapsamına giriyorsa bunlar yetmemekte ayrıca işverenin bir geçerli sebebe dayanması ve feshin son çare olması ilkesine uyması da gerekmektedir. İş güvencesi kapsamına girmeyen işçinin iş sözleşmesi her zaman bir geçerli sebebe dayanmadan feshedilebilirse de işverenin fesih hak ve yetkisini kötüye kullanmaması da gerekmektedir. Bu husus Kanunun 17. maddesinin altıncı fıkrasında açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, “18 inci maddenin birinci fıkrası uyarınca bu Kanunun 18, 19, 20 ve 21 inci maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir”.

Hüküm her ne kadar doğrudan kadınlara yönelik bir düzenleme içermese de işçinin salt hamile olması, doğum yapması ya da anneliği sebebiyle iş sözleşmesinin feshi fesih hakkının kötüye kullanılmasını oluşturur⁵⁸. Bu durumda işçi iş güvencesi kapsamında olmadığı için işe iadesini talep edemeyecekse de kötüniyet tazminatı talep edebilir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de 2007 yılında verdiği bir kararda bu sonuca ulaşmıştır. Yargıtay kararına konu olayda, davacı işçi iş sözleşmesinin hamile olduğu ve ardından doğum yaptığı için feshedildiğini ileri sürerek kötü niyet tazminatı talep etmiş, mahkemece kötü niyetin

⁵⁸

Yıldız, 241, 263 vd.; *Ekonomi*, Münir: Kadın İşçilerin Gebelik ve Doğum Halinde Feshe Karşı Korunması, Çalışma ve Toplum D., 2009/3(22), 20-21.

kanıtlanmadığı gerekçesi ile isteğin reddine karar verilmiştir. Yargıtay ise dinlenen tanıkların davacının hamileliği nedeni ile istifasının istendiğini, davacının istifa etmediğini, doğumdan sonra da iş sözleşmesinin feshedildiğini açık bir şekilde belirttiklerini söylemiş ve bu durumun fesih sebebinin işçinin hamileliği olduğunu gösterdiğini tespit etmiştir. Ardından da Yargıtay “*Her ne kadar iş güvencesi kapsamında bulunmayan işçinin iş sözleşmesinin bildirimli feshinde herhangi bir neden gösterme zorunluluğu bulunmamakta ise de, somut olayda davacının kötü niyet iddiası ve tanıkların belirtilen anlatımları karşısında işverence makul ve meşru bir nedene dayanıldığı da iddia ve ispat edilmemiştir. Buna göre davacının kötü niyet tazminatı isteği de kabul edilmelidir*” diyerek işçinin iş sözleşmesinin salt hamilelik sebebiyle feshi halinde kötüniyet tazminatı ödenmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır⁵⁹.

Öte yandan karara konu olayda davacı işçi 23.7.2004 tarihinde işe başlamış, 10.12.2004-21.3.2005 tarihleri arasında doğum iznine ayrılmış, doğum izninin hemen ardından iş sözleşmesi 22.3.2005 tarihinde feshedilmiştir. İşveren işçiye iki haftalık ihbar tazminatı ödemiş, işçi ise ihbar tazminatının 4 hafta olması gerektiği iddiasında bulunmuştur. Anlaşılan o ki mahkemece işçinin kıdemi analık iznine ayrıldığı tarihe kadar hesaplanmış, Yargıtay bizce de isabetli olarak analık izin süresinin de kıdemde dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir⁶⁰. Bu durumda işçinin kıdemi altı ayı aştığı için ihbar süresi, dolayısıyla da kötüniyet tazminatı da artmış olmaktadır. Fakat bu noktada da işçinin iş güvencesi kapsamına girip girmediği akla gelecektir. Bilindiği gibi işçinin iş güvencesi kapsamına girmesi için en az altı ay kıdeme sahip olması ve işverenin de en az otuz işçi çalıştırıyor olması gerekmektedir. Somut olayda analık izin

⁵⁹ Yarg. 9. HD., 17.9.2007, E. 2007/29103, K. 2007/26743, (www.kazanci.com).

⁶⁰ Karar ve karara ilişkin değerlendirmeler için bkz. *Ekonomi*, 21-23; *Özer*, Hatice Duygu: Doğum İzninin İşçinin Kıdemine ve İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi, Karar İncelemesi, Çalışma ve Toplum, 2009/2, (21), 123 vd.

süresi dahil edildiğinde işçinin kıdemi altı ayı aştığı için iş güvencesi kapsamı dışında kalmasının sebebi muhtemelen işyerinde otuzdan az işçinin çalışıyor olmasıdır.

Yukarıda da ifade edildiği gibi, Yargıtay kötüniet tazminatı talep edilebilmesi için işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanamıyor olmasını titizlikle incelemektedir. Gerçekten konuya ilişkin olarak yargıya yansımış uyuşmazlıklarda Yargıtay öncelikle işçinin iş güvencesi kapsamında olup olmadığını tespit etmekte, işçi iş güvencesi kapsamında ise kötüniet tazminatı talebini reddetmektedir⁶¹. Yargıtayın bu konudaki kararlarını isabetli de bulmak gerekmektedir. Zira Kanun hükmü herhangi bir yoruma yer vermeyecek biçimde bu tazminatın iş güvencesi kapsamı dışındaki işçiler tarafından talep edilebileceğini düzenlemektedir. Bunun sonucunda da iş güvencesi kapsamındaki bir işçinin feshin geçersiz sayılarak işe iade talep etme yerine kötüniet tazminatı talep hakkı bulunmamaktadır. Nitekim öğretilde bu durumdakilere iş güvencesi hükümlerine aykırılığın hukuki yaptırımı olarak 21. maddede öngörülen iş güvencesi tazminatının yerini kötüniet tazminatının aldığı belirtilmektedir⁶².

Bu noktada işçinin bozulan çalışma barışının bir daha kurulamayacağı düşüncesi ile işe iade davası açmak istememesi ancak işverenin ayrımcı ve hukuka aykırı işleminin özel bir yaptırıma tabi tutulmasını istemesinin makul olduğu, bu bağlamda da iş güvencesi kapsamında olan işçilere de işe iade yerine kötüniet tazminatı talep hakkının tanınmasının isabetli olacağı düşünülebilir. Buna karşı kadın işçinin iş sözleşmesinin hamilelik, doğum ya da analığı sebebiyle feshinin aynı zamanda İş Kanunu m.5/3 hükmünün ihlalini oluşturduğu, dolayısıyla

⁶¹ Yarg. 9. HD., 12.4.2012, E. 2010/1893, K. 2012/12476; Yarg. 22 HD., 6.11.2019, E. 2016/19592, K. 2019/20396, (www.kazanci.com).

⁶² Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, 32. Bası, İstanbul 2019, 464.

işçinin m.5/6 uyarınca dört aya kadar ücreti tutarında ayrımcılık tazminatı talep edebileceği söylenebilir ve bu konuda kadın işçinin yeterince korunduğu sonucuna varılabilir. Fakat tazminat hesabına esas ücretlerin farklılığı, kötüniyet tazminatında giydirilmiş ücretin, ayrımcılık tazminatında ise temel ücretin esas alınması, kötüniyet tazminatının bildirim (ihbar) süresine ilişkin ücretin üç katı tutarında, ayrımcılık tazminatının ise *dört aya kadar* ücret tutarında olması ve tamamen hâkimin takdirine göre belirlenmesi karşısında ayrımcılık tazminatının tutar olarak yeterli korumayı sağlayıp sağlayamayacağı yine de tartışma konusu olabilecektir. Bu nedenle kötüniyet tazminatının sadece iş güvencesi kapsamı dışındaki işçilere tanınmış olması eleştirilebilir kanaatindeyiz.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi de hamileliği sebebiyle iş sözleşmesinin feshedildiği sonucuna ulaştığı bir uyuşmazlıkta kadın işçiye İş Kanunu m.5 uyarınca ayrımcılık tazminatı ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir⁶³. Bilindiği gibi ayrımcılık tazminatı işçinin iş güvencesi

⁶³ Yargıtay 22. Hukuk Dairesine göre, “Davalı işveren vekili cevap dilekçesinde şirket tarafından yürütülen işlerin alt yükleniciye verildiğini belirtmiş, davalı tanıkları ise davacının doğum sonrası işlerin yoğun olmamasından dolayı işe başlatılmadığını açıklamışlardır. Dosyadaki bilgi ve belgelere göre alt yüklenici olduğu belirtilen L... Proje Yapı End. ve Dan. Ltd. Şti. ile davalı şirketin aynı adreste faaliyet gösterdikleri, davalı şirket ortağı A.'in anılan şirkette mimar olarak yönetici pozisyonunda olduğu anlaşılmaktadır. Şirketler arasındaki organik bağ, isim benzerliği ve asıl işin yaptırılması da dikkate alındığında aralarında 4857 Sayılı Kanunun 2. maddesinin 6 ve 7. fıkralarına aykırı bir ilişkinin bulunduğu kabul edilmelidir. Her iki şirketin toplam çalışan sayısı gözönünde bulundurulduğunda "ihtiyaç kalmadığı" şeklinde gösterilen fesih gerekçesinin gerçeği yansıtmadığı anlaşılmaktadır. Davacı işçi, cinsiyet sebebiyle ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren doktor raporu ve tanık beyanına dayanmış olduğuna göre bunun aksini ispatla yükümlü olan davalı işveren doğum sonrası feshin makul ve meşru sebebini ortaya koymalıdır. Dosya kapsamına göre davalı işverenin iş hacminde düşüş meydana geldiği ve davacının çalışmasına ihtiyaç kalmadığı gerekçesi somut ve inandırıcı delillerle kanıtlanmış değildir. Davalı işverenin cinsiyet sebebiyle ayrımcılık yasağını ihlal ettiği sabittir. Hal böyle olunca

kapsamına girip girmemesinden bağımsızdır. Yani ayrımcılık kapsamındaki bir eyleme maruz kalan işçi iş güvencesi kapsamına girsin ya da girmesin bu tazminatı talep edebilir. İşte bu durumda da ayrımcılık tazminatı ile kötünîyet tazminatının ilişkisinin incelenmesi gerekir.

Kadın işçinin hem ayrımcılık tazminatı hem de kötünîyet tazminatını ya da bunlardan istediği tazminatı talep edip edemeyeceği konusunda öğretide görüş birliği yoktur. Bir görüşe göre, her iki tazminata birlikte hükmedilebilir⁶⁴. Başka bir görüş ise bunun mümkün olmadığını ve işçinin seçimine bağlı olarak bunlardan birinin uygulanabileceği görüşünü savunmaktadır⁶⁵. Bir başka görüş ise aynı konu ile ilgili iki ayrı tazminata birlikte hükmedilemeyeceği gibi, bunlardan birini seçme olanağını sağlayan yasal bir düzenleme de olmadığı, her iki görüşün de benimsenemeyeceğini, işveren fesih hakkını kötüye kullandığında sadece 17. maddedeki tazminatın uygulanması gerektiği görüşünü ileri sürmektedir⁶⁶. Bu son görüşün gerekçeleri arasında, 5. maddedeki tazminatın yalnız iş sözleşmesinin sona ermesi ile ilgili olmadığı, daha genel nitelikli bir düzenleme olduğu, oysa kötünîyet tazminatının doğrudan fesih hakkının kötüye kullanılmasına yönelik olduğu da yer

davacının 4857 Sayılı Kanunun 5. maddesinde yer alan ayrımcılık tazminatı isteğinin kabulü gerekir.”, Yarg. 22. HD., 9.6.2015, E. 2015/15750, K. 2015/20058, (www.kazanci.com).

⁶⁴ Her iki tazminatın hukuki dayanağının farklı olduğu gerekçesi için bkz. *Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal*, 748-749; Ayrımcı işleme maruz kalan işçi lehine yorum ilkesinin böyle bir yorumu gerektirdiği görüşü için bkz. *Süzek*, 467; *Yıldız*, 331 vd.; Cengiz (Urhanoglu), 44; *Baysal*, 84; *Köseoglu/Kaya*, 73.

⁶⁵ *Bakırcı*, Kadriye: İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötünîyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi, Sicil İHD, Haziran 2006, 118; *Doğan Yenisey*, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, 81; Yarg. 9. HD., 18.6.2012, E. 2010/13005 K. 2012/23353 ve D. Özcan’ın incelemesi, Sicil İHD, Eylül 2012, 116-124; *Odaman*, 80.

⁶⁶ *Çelik*, Nuri: İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatı Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar, Legal İSGHD, Y. 2007, S. 14, 489; *Çelik/Caniklioğlu/Canbolat*, 483.

almaktadır. Bize göre kadın işçi işverence fesih hakkı kötüye kullanıldığında tercihinine göre bu tazminatlarından birini seçebilir⁶⁷.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi de verdiği bir kararda “Somut olayda, aynı fesih sebebine bağlı olarak hem kötünîyet tazminatına, hem de eşit davranma borcuna aykırılık tazminatına hükmedilmiştir. Aynı fesih sebebine bağlı olarak iki ayrı tazminata hükmedilebilmesi, ancak kanunun açıkça cevaz verdiği hallerde mümkündür. Oysa, yukarda bahsedilen 4857 Sayılı Kanun hükümlerinden iki tazminata da hükmedilebileceği sonucuna ulaşamamaktadır. Bu durumda, aynı olay sebebiyle birden fazla tazminat koşullarının gerçekleşmesi halinde, işçi lehine olan tazminata hükmedilmesi gerekirken, iki tazminata birden hükmedilmesi usul ve kanuna aykırı olup bozmayı gerektirmiştir” diyerek yerel mahkemenin her iki tazminata hükmettiği kararı bozmuştur⁶⁸. Yüksek Mahkeme her iki tazminata hükmedilemeyeceğini belirtmenin dışında, bizce de isabetli olarak, işçinin bu tazminatlardan istediğini seçebileceğini de kabul etmiştir.

Belirtelim ki, öğretide ayrımcılık tazminatının dört aylık ücret ile sınırlandırılması da eleştirilmekte ve bu düzenlemenin AB düzenlemeleri ile uyumlu olmadığı ifade edilmektedir⁶⁹.

⁶⁷ Her ne kadar yazarlarından olduğum kitabımızda işçinin 17. madde uyarınca kötünîyet tazminatı isteyebileceği görüşü savunulsa da biz bu konuda işçinin tercih hakkı olduğu kanaatini taşımaktayız.

⁶⁸ Yarg. 22 HD., 31.3.2015, E. 2014/31113, K. 2015/12206, (www.kazanci.com).

⁶⁹ Taşkent/Kurt, 38; Doğan Yenisey, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, 77; Bakırcı, İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik, 33; Arslan Ertürk, 355.

c) İş güvencesi kapsamına giren kadın işçinin feshe karşı korunması

İş Hukukunun en önemli konularından ve amaçlarından biri, işçi ile işveren arasındaki çalışma ilişkisinin varlığının korunması, başka bir deyişle, işçinin işinin güvence altına alınmasıdır⁷⁰. Batı ülkelerinde öteden beri uygulanan iş güvencesi ülkemizde ilk defa 2002 tarihli ve 4773 sayılı Kanunla 1475 sayılı Kanuna eklenen bazı hükümlerle 15.3.2003 tarihinden itibaren uygulanmaya başlanmış, ardından 2003 yılında 1475 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılarak yerine 4857 sayılı Kanun çıkarılınca iş güvencesine ilişkin hükümler bazı değişikliklerle 4857 sayılı Kanuna alınmış, böylece iş güvencesi ülkemizde de yoğun bir şekilde uygulama alanı bulmuştur.

4857 sayılı İş Kanununa göre, otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır (m.18/1).

Kanunda geçerli sebeplerin neler olduğunu tek tek sayılmamış, bunlar üç ana başlık altında belirlenmiş, ardından yine aynı maddede bazı hususların geçerli sebep oluşturamayacağı hüküm altına alınmıştır (m.18/3). Bunlardan konumuz açısından önemli olanlar ise genel ayrımcılık yasakları arasında da yer alan cinsiyet, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum ve benzeri nedenler (f.3/d) ile 74. maddede öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemektir (f.3/e). Uygulamada hamilelik, doğum ya da ailevi yükümlülükleri sebebiyle kadının işgörme edimini yerine getirememesi üzerine bazı işverenler bu dönemde kadın işçinin iş sözleşmesini feshetme yoluna

⁷⁰

Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 485.

gidebilmektedirler. Öğretide de isabetle belirtildiği gibi, kadınların işlerini en çok kaybettikleri dönemin hamilelik dönemleri ve doğum yaptıkları dönemler olduğunda bir tereddüt bulunmamaktadır⁷¹. İşte bunu dikkate alan kanun koyucu salt durumun hiçbir şekilde geçerli sebep olamayacağını belirtmiştir. Bu hüküm uyarınca işveren iş güvencesi kapsamındaki bir işçinin iş sözleşmesini salt kadın olduğu, hamile olduğu, doğum yaptığı ya da ailevi yükümlülükleri sebebiyle veyahut 74. maddedeki kadın işçinin çalıştırılmasının yasak olduğu süre boyunca işe gelmediği için geçerli sebeple feshedemeyecek, feshederse de bu fesih geçersiz sayılacaktır.

Yargıtay da verdiği kararlarda hamilelik ya da doğum sebebiyle yapılan fesihlerde bu durumun ispatlanması halinde işçinin işine iadesine karar vermektedir⁷². Ancak feshin geçersiz sayılarak işçinin işine iadesi ayrımcılığın değil, geçersiz feshin sonucudur. Oysa kadın işçinin ayrımcılık temeline dayanan feshe karşı korunabilmesi yani fesih sebebinin salt hamilelik, doğum ya da ailevi yükümlülükler olması halinde bu kötünietli feshin ayrıca özel bir yaptırıma tabi tutulması gerekir. Bu noktada ise söz konusu ayrımcı davranışın yaptırımı işe iade davası bağlamında işe başlatmama tazminatının daha yüksek belirlenmesi olacaktır. Zira bilindiği gibi, İş Kanunu m.21 uyarınca mahkeme işe iadesine karar verilen işçiye dört aya kadar boşta geçen sürenin ücreti ile işçinin 4 ila 8 aylık ücreti arasında olmak üzere takdir edeceği bir tazminata hükmedecektir. Öğreti ve uygulamada “işe başlatmama tazminatı” ya da “iş güvencesi tazminatı” olarak adlandırılan bu tazminat, somut olayın özellikleri dikkate alınarak alt sınırdan belirlenebileceği gibi -sendikal sebeple yapılan fesihler hariç- 8 aylık ücreti geçmemek üzere, hâkim tarafından takdir edilecektir.

⁷¹ Odaman, 78.

⁷² Bu yönde kararlar için bkz. Yarg. 9 HD., 9.12.2019, E. 2019/4215, K. 2019/21933; 14.4.2016, E. 2015/29051, K. 2016/9441; 17/09/2015, E. 2015/18355, K. 2015/26031, kararlar için bkz. (www.kazanci.com).

Yargıtay işe başlatmama tazminatının takdirinde yeknesaklık olması amacıyla bazı kriterler belirlemiştir. Yargıtay bu tazminatın belirlenmesinde işçinin kıdemini ve fesih sebebini dikkate almakta; önce işçinin kıdemine göre bir belirleme yapmakta, ardından fesih sebebi örn. ayrımcı, kötünietli, bazı hakların kullanımını cezalandırma amacı taşıyan fesihlerde tazminata iki aylık ücret tutarında ekleme yapılmasını istemektedir⁷³. Kıdeme göre belirlenecek tutarı ise, işçinin kıdemi 6 ay ile 5 yıl arasında ise 4; 5-15 yıl arasında ise 5 ve 15 yıldan fazla ise 6 aylık ücreti tutarında işe başlatmama tazminatı belirlenmesini öngörmektedir. Böylece, fesih sebebine göre bu miktarlara iki ay daha eklenerek azami sınır 8 aya kadar çıkabilmektedir. Bu durumda örneğin 17 yıllık kıdemi olan bir işçinin iş sözleşmesi salt hamile olduğu için feshedilirse kadın işçiye ödenmesi gereken işe başlatmama tazminatı 8 aylık olabilecektir.

Yargıtay kararına konu bir olayda hamilelik sebebiyle iş sözleşmesinin feshedildiği kanaatine ulaşan mahkeme işçinin işe iadesine ve 8 yıldan fazla kıdemi olan kadın işçiye 8 aylık ücret tutarında işe başlatmama tazminatı ödenmesine hükmetmiştir. Kararın istinafi üzerine BAM işe iade kararının doğru, ancak kıdeme göre işe başlatmama tazminatının yüksek olduğunu tespit etmiştir. Anlaşılan o ki somut olayda işveren feshin geçersizliğine ilişkin kararı istinaf etmiş, buna karşılık kararın işe başlatmama tazminatına ilişkin kısmını istinaf etmemiştir. BAM istinaf sebebi ile bağlılık ve işe başlatmama tazminatının kamu düzenine ilişkin olmaması sebebiyle davalı vekilinin istinaf başvurusunu sadece feshin geçerliliği sebebi üzerinden incelemiş ve bu konuda mahkeme kararında bir isabetsizlik görmediği için de istinaf talebini reddetmiştir. Yargıtay ise kıdem dikkate alındığında 8 aylık işe

⁷³ Yargıtayın iki aylık ekleme yaptığı bir karar için bkz. Yarg. 9 HD., 17.9.2015, E. 2015/18686, K. 2015/26045, (www.kazanci.com). Yüksek Mahkemeye göre, "... davacının hamile olması sebebiyle iş sözleşmesinin feshedildiğinin kabulüne göre işe başlatmama tazminatının alt sınırdan uzaklaşarak 6 ay tutarında belirlenmesi gerekirken yalnızca kıdem süresine göre 4 ay tutarında belirlenmesi hatalıdır".

başlatmamanın yüksek olduğunu belirterek kıdeme göre 5 aylık işe başlatmama tazminatına hükmetmiştir⁷⁴. Karar ayrımcılığın yaptırımı açısından incelemeye değerdir ve bize göre eğer işçinin iş sözleşmesi hamile olduğu için feshedilmişse işe başlatmama tazminatı doğrudan en yüksek tutardan belirlenmelidir. Biz bu açıdan yerel mahkeme kararının isabetli olduğunu düşünüyoruz. Buna karşılık eğer geçersiz ancak ayrımcı bir sebebe dayanmayan fesih söz konusu ise Yargıtay kararını yerinde bulmak gerekir.

İş sözleşmesinin hamilelik ya da doğum sebebiyle feshedildiği iddiası ile açılan davalarda Yargıtay işe başlatmama tazminatı ve ayrımcılık tazminatı arasındaki ilişkiye de değinmekte ve ayrımcılığın işe başlatmama tazminatında dikkate alınması halinde artık ayrımcılık tazminatına hükmedilemeyeceğine karar vermektedir. Yargıtay bu iki tazminat arasındaki ilişkiyi değerlendirdiği bir kararında feshin hamilelik sebebiyle yapıldığı sonucuna ulaşmış ve hem işçinin kıdemini hem de fesih sebebini dikkate alarak işe başlatmama tazminatını 6 aylık ücret tutarında belirlemiş ardından konuya ilişkin ilkeleri açıklığa kavuşturmuştur⁷⁵. Yargıtaya göre “...Somut uyuşmazlıkta, davacı işçi fesih işleminin hamileliği sebebiyle yapıldığını ileri sürerek; işe iadesinin yanı sıra İş Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca ayrımcılık tazminatı da istemektedir.../... Hamilelik sebebiyle yapılan fesih işlemi, İş Kanunu'nun 18/3-d maddesi uyarınca geçersiz bir fesih olup işçinin işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken iş güvencesi tazminatında değerlendirilecektir.../... İşverenin yaptığı fesih işlemi, ayrıca ayrımcılık yasağını ihlal etse bile, yine de sonuç değişmeyecek ve feshin geçersizliği ile işçinin işe iadesine karar verilecektir.../...*Yasanın 21. maddesindeki özel düzenleme sebebiyle işe iade davasına bakan mahkeme, feshin*

⁷⁴ Yarg. 9. HD., 9.12.2019, E. 2019/4215, K. 2019/21933, (www.kazanci.com).

⁷⁵ Yarg. 9. HD., 14.4.2016, E. 2015/29051, K. 2016/9441, (www.kazanci.com).

*geçersizliğinin tespitine ve işe iade ile işe başlatmama tazminatına hükmedecek, işe başlatmama tazminatı yanında ayrıca ayrımcılık tazminatına hükmedemeyecektir. Çünkü bu husus işe başlatmama tazminatının miktarı belirlenirken tartışılmalıdır. Üstelik 21. maddedeki tazminat en az dört aya kadarki ücret tutarında, 5. maddedeki tazminat ise en çok 4 aya kadarki ücret tutarında olup 21. madde işçi lehinedir. Aksinin kabulü halinde, ayrımcılık yasağının gündeme geldiği her işe iade davasında, davayı kabul eden mahkeme, hem iş güvencesi tazminatına hem de ayrımcılık tazminatına hükmetmek zorunda kalacaktır. Bu açıdan davacının ayrımcılık tazminatı talebinin reddi gerekirken bu konuda karar verilmesi hatalıdır.../...**Davalının ayrımcılık yasağını ihlal eden davranışı, feshin geçersizliği noktasında ve işe başlatmama tazminatının miktarı belirlenirken tartışılması gerekir**” demektedir.*

Yargıtayın konuya ilişkin başka bir kararında da yine işe başlatmama ve ayrımcılık tazminatı arasındaki ilişki ele alınmıştır. Karara konu olayda 7 aylık hamile ve yaklaşık 2,5 yıllık kıdemi olan işçinin iş sözleşmesi feshedilmiştir. Somut olayda davacı ile birlikte başka hamile kadınların iş sözleşmesi de feshedilmiştir. Davacı feshin geçersiz sayılması ve işe iade yanında ayrıca ayrımcılık tazminatı da talep etmiştir. Mahkeme feshin hamilelik sebebine dayandığı sonucuna varmış ve “... ayrılma isteğinin davacıdan geldiği iddia edilmesine rağmen davacıya kıdem ve ihbar tazminatı ödemesi yapılmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğu, tanık beyanlarına göre aynı gün davacı ile birlikte 5 hamile kadın işçinin iş sözleşmesinin sonlandırıldığı bunun da hayatın olağan akışına aykırı olduğu, davacının ikale yapmasında makul bir yararının olmadığı, bu sebeple iş sözleşmesinin davalı işverence haklı ve geçerli bir neden olmaksızın feshedildiği, davacının ve hamile olan diğer işçilerin, hamile olmaları sebebiyle iş akitlerinin feshedildiği, bu durumun açıkça ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil ettiği gerekçesi ile feshin geçersizliğine, davacının işe iadesine ve 4 aylık maaş tutarında ayrımcılık tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmiştir” diyerek ayrıca ayrımcılık tazminatına da

hükmetmiştir. Yargıtay ise “... Davalının ayrımcılık yasağını ihlal eden davranışının, feshin geçersizliği noktasında ve işe başlatmama tazminatının miktarı belirlenirken tartışıldığı bu sebeple aynı zamanda ayrımcılık tazminatına hükmedilemeyeceği gözetilmeksizin talebin reddi gerekirken hüküm altına alınması hatalıdır. Kabule göre de ayrımcılık tazminatının üst sınırdan kabulü da doğru değildir” diyerek ayrımcılık tazminatı talebinin reddine, işe başlatmama tazminatının da 5 aylık ücret üzerinden belirlenmesine karar vermiştir⁷⁶.

İş güvencesi kapsamında olan işçiler bakımından ayrımcılık tazminatı ile aynı anda talep edilip edilemeyeceğinin değerlendirilmesi gereken bir diğer tazminat ise işe başlatmama tazminatıdır. Öğretide işe başlatmama tazminatı ve ayrımcılık tazminatının birlikte istenip istenemeyeceği konusunda görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bir görüş işverenin hukuka aykırı davranışının birden fazla yaptırıma bağlanamayacağı gerekçesine dayanmakta ve sadece tek bir tazminat istenebileceğini savunmaktadır⁷⁷. Baskın görüş ise, bu tazminatların amacının farklı olduğunu, dolayısıyla da her iki tazminatın ayrı ayrı istenebileceğini kabul etmektedir⁷⁸.

Bize göre de bu iki tazminatın amacı ve işlevi farklıdır. Bu nedenle işçi her iki tazminatı da talep edebilir. Özellikle kadın işçinin hamile olduğu için işten çıkarıldığı ve bu durum da dikkate alınarak mahkemece örneğin 6 aylık işe başlatmama tazminatına hükmedildiği bir olayda işveren işçiyi işe başlattığında, işçinin ayrıca bir ayrımcılık tazminatı talep

⁷⁶ Yarg. 9 HD., 17.09.2015, E. 2015/18355, K. 2015/26031. Başka bir karar için bkz. Yarg. 9 HD., 18.6.2012, E. 2010/13065, K. 2012/23353, (www.kazanci.com).

⁷⁷ Çankaya, Osman Güven/Günay, Cevdet/Göktaş, Seracettin: Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara, 2005, 57-58.

⁷⁸ Süzek, 457; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 749; Doğan Yenisey, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, 78-79; Yıldız, 335-337; Odaman, 38; Ünal, Canan: İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı, İstanbul 2018, 458; Tolu, Hazal: İş Sözleşmesinin Haksız Feshi, İstanbul 2017, 154.

edemeyeceği kabul edilirse, işverenin eyleminin hiçbir yaptırımı olmayacaktır. Bunun ise isabetli olmayacağı açıktır. Bu nedenle bizce iş sözleşmesinin ayrımcı bir nedenle feshedilmesi halinde işçi hem ayrımcılık tazminatı hem de işe iade davasında işe başlatmama tazminatı talep edebilir. Ancak bu konuda bir hususun da gözden kaçırılmaması gerekir. Bilindiği gibi Yargıtayın yerleşik kararları uyarınca işe başlatmama tazminatı tutarı belirlenirken fesih sebebi de dikkate alınmakta, bir anlamda işverenin ayrımcı feshi yaptırımı tabi tutulmaktadır. İşe iade davasında eğer işçi her iki tazminatı birlikte talep ederse mahkemece ayrımcılık tazminat talebi reddedilmemeli, ancak işe başlatmama tazminatı belirlenirken ayrımcı davranış dikkate alınmamalı, bu husus ayrımcılık tazminatında dikkate alınmalıdır. Aksi takdirde aynı eylem iki defa yaptırımı tabi tutulmuş olur. Fesih olgusunun oluş biçiminde ayrımcı davranış dışında başkaca dikkate alınması gereken olgular varsa bunlar işe başlatmama tazminatının miktarı belirlenirken yine dikkate alınmalıdır. Örneğin fesih ayrımcılık dışında işçinin kişilik değerlerine zarar verici bir biçimde gerçekleşmişse mahkeme bunu da dikkate almalıdır. Görüşümüzde belirttiğimiz biçimde değil de her iki tazminat birlikte istenemez denilerek ayrımcılık tazminatı ayrı bir dava konusu olarak kabul edildiğinde ve ayrımcı fesih sebebi sadece işe başlatmama tazminatı içinde dikkate alındığında, eğer işveren işçiyi işe başlatırsa –yukarıda da belirtildiği gibi- ayrımcı davranış yaptırımsız kalmaktadır. Bunun sonucunda işçi bir daha dava açmak, aynı olguları bir daha ispatlamak zorunda kalacak, önceki davadaki kararın bu dava açısından etkisinin ne olacağı gibi birçok sorun gündeme gelebilecektir. Bunların isabetli olmadığı ise açıktır.

Bu konuda son olarak şunu da ekleyelim ki, işçinin daha önce açtığı işe iade davasında mahkemece fesih sebebi olarak ayrımcı davranış dikkate alınmış, işe başlatmama tazminatının tutarı buna göre belirlenmiş ve işverence işçi işe başlatılmadığı için işçiye bu tutar ödenmişse artık ayrımcılık tazminatı talepli davada ayrımcılık tazminatının tutarı

belirlenirken bu hususun da dikkate alınması ve hakimın takdir hakkını kullanırken bunu da değerlendirmesi gerekir.

d) Haklı nedenle fesihte bekleme süresinin daha uzun belirlenmesi suretiyle korunması

4857 sayılı İş Kanunu m.25/I, 1, (b) bendinin alt bendinde, aynı maddenin “(a) alt bendinde sayılan sebepler dışında işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkı; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17 nci maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğar” hükmü yer almaktadır. Kanunda bu genel kural belirtildikten sonra, doğum ve gebelik hallerinde bu sürenin 74. maddedeki sürenin bitiminde başlayacağı belirtilmiştir. Böylece kadın işçinin doğum ya da gebelik sebebiyle işe devam edememesi durumunda işverenin haklı nedenle iş sözleşmesini fesih hakkı için daha uzun bir süre belirlenmiştir.

Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda bu hususa dikkat çekmiştir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesine göre, “*davacının iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 25/I-son maddesine göre, davacı işçinin doğum sonrası aldığı 111 günlük rapor süresinin, 17. maddedeki düzenlemeye göre, davacının 3 yılı aşkın kıdemine göre 8 hafta olan bildirim süresine, 6 hafta ilave edilmesi suretiyle belirlenen 98 gün olan bildirim süresi sınırını aştığı geçerli nedene dayalı olduğu iddiasıyla kıdem tazminatı ödenmek suretiyle feshedilmiştir. Ancak, 25/I-son madde metin düzenlemesine göre, doğum ve gebelik halinde belirtilen sürelerin 74. maddedeki sürenin bitiminden itibaren başlayacağı düzenlenmiş olmakla, Mahkemece, sunduğu sağlık raporu doğum ertesinde olan davacının rahatsızlığının doğumla ilgili olup olmadığı, 25/I-son madde kapsamına girip girmediği, İş Kanunu 74. maddedeki sürelerin dikkate alınıp alınmayacağı araştırılmamıştır. Mahkemece, eksik kalan*

incelemenin yapılarak, feshin süresinde yapılıp yapılmadığının belirlenmesi gerekmektedir”⁷⁹.

V. KADINA ANALIĞI SEBEBİYLE TANINAN İZİN HAKLARI

1. Doğum sonrası yarım çalışma izni

2016 yılında 6663 sayılı Kanunla 4857 sayılı Kanunda bazı değişiklikler yapılmış ve analık hâli izninin bitiminden itibaren çocuğunun bakımı ve yetiştirilmesi amacıyla ve çocuğun hayatta olması kaydıyla kadın işçi ile üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen kadına veya erkek işçilere istekleri hâlinde birinci doğumda (ya da ilk evlat edinmede) altmış gün, ikinci doğumda (ya da ilk evlat edinmede) yüz yirmi gün, sonraki doğumlarda (ya da ilk evlat edilmelerde) ise yüz seksen gün süreyle haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin verilmesi yükümlülüğü öngörülmüştür. Çoğul doğum hâlinde bu süreler otuzar gün eklenir. Çocuğun engelli doğması hâlinde bu süre üç yüz altmış gün olarak uygulanır. Kanunda “verilir” denilmesi bu konuda işverenin takdir hakkının olmadığını, işçinin bu yönde talepte bulunması halinde işverenin bu izni vermek zorunda olduğunu göstermektedir⁸⁰. İşveren kabul yükümlülüğüne rağmen işçinin talebini kabul etmezse işçi iş sözleşmesini haklı sebeple feshedebilir.

Kanunda işçiye haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin verileceğinden söz edilmiştir. Bu durumda kanaatimize göre işçi

⁷⁹ Yarg. 22. HD., 23.5.2017, E. 2017/8052, K. 2017/11987, (www.kazanci.com).

⁸⁰ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 775; Caniklioğlu, Kısmi Süreli İstihdama Geçiş, 144; Ocak, Saim: Doğum/Evlat Edinme Nedeniyle Ücretsiz İzin Ve Yarım Çalışma Ödeneği Uygulaması, İş ve Hayat, S. 5, Y. 2017, 182; Taşdemir, Yasemin: Ebeveyn İzni ve Yarım Çalışma Ödeneği, İstanbul 2019, 265; Şahin Emir, 120.

yarım çalışma iznini birleştirerek toplu olarak kullanamaz⁸¹. Yani örneğin yüz yirmi günlük sürenin altmış gününü izinli, altmış gününü de çalışmak suretiyle geçiremez. Buna karşılık işçi haftalık çalışma süresinin yarısındaki çalışmasını üç gün çalışmak ya da her gün yarım gün çalışma biçiminde kullanabilir. Nihayet Kanuna göre bu süre içinde süt iznine ilişkin hükümler uygulanmaz.

Önemle ekleyelim ki, 2016 yılında 6663 sayılı Kanunla maddeye eklenen bir fıkra ile analık çalıştırma yasağı, süt izni, yarım çalışma izni, periyodik kontroller için işçiye izin verilmesi, ücretsiz doğum iznine ilişkin hükümlerin iş sözleşmesi ile çalışan ve bu Kanunun kapsamında olan veya olmayan her türlü işçi için uygulanacağı belirtilmiştir. Kuşkusuz bu düzenleme isabetli olmuştur. Böylece Basın İş Kanunu, Deniz İş Kanunu özellikle de Borçlar Kanunu kapsamındaki işçiler için, eşitlik ilkesine de uygun olarak bu haktan tüm işçilerin yararlanması sağlanmıştır.

2. Ücretsiz doğum izni

4857 sayılı Kanunda kadın işçilere analığı sebebiyle tanınan bir diğer hak da ücretsiz doğum iznidir. İsteği halinde kadın işçiye, onaltı haftalık sürenin tamamlanmasından veya çoğul gebelik halinde onsekiz haftalık süreden sonra altı aya kadar ücretsiz izin verilir. 2016 yılında yapılan düzenleme ile doğuran kadın dışında evlat edinen kişilere de bu hak tanınmıştır. Kanuna 6663 sayılı Kanunla eklenen hükme göre, bu izin, üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinme hâlinde eşlerden birine veya evlat edinene de verilir. Öte yandan bu süre, yıllık ücretli izin hakkının hesabında dikkate alınmaz.

⁸¹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 776; Caniklioğlu, Kısmi Süreli İstihdama Geçiş, 144; Taşdemir, 277; Şahin Emir, 129.

Belirtelim ki, Kanundaki düzenleme dikkate alındığında kadın işçinin bu hakkının kullanıp kullanmaması da işverenin iradesine bırakılmamıştır⁸². Bir diğer deyişle kadının ya da üç yaşından küçük bir çocuğu evlat edinen işçinin bu yönde talepte bulunması halinde işverenin herhangi bir takdir hakkı bulunmamaktadır. Maddede, “... verilebilir” yerine “... verilir” denilmesi bunu göstermektedir. Nitekim Yargıtay da verdiği iki farklı kararda, bizce de isabetli olarak, buna dikkat çekmiştir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin bir kararına konu olayda işçi ücretsiz doğum izni talep etmiş, ancak bu talep işverence kabul edilmeyince iş sözleşmesini feshetmiş ve kıdem tazminatı ile diğer yasal haklarını talep etmiştir. Ancak işveren iş sözleşmesinin işçinin istifası ile sona erdiği iddiası ile kıdem tazminatını ödememiştir. Yargıtay ise bizce de isabetli olarak, “4857 Sayılı Yasa'nın [74/5](#) maddesine göre isteği halinde kadın işçiye 6 aya kadar ücretsiz doğum izni verilmesi zorunludur. Davacının izin talebinde bulunduğu gerek davalı tarafından çekilen ihtarnameden, gerekse davaya cevap dilekçesinden anlaşılmaktadır. Davacının izin talebi kabul edilmediğine göre somut olayda davacının haklı fesih ile iş sözleşmesini sona erdirdiği kabul edilerek kıdem tazminatının hüküm altına alınması” gerektiği sonucuna ulaşmıştır⁸³.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi konuya ilişkin olarak verdiği bir başka kararında bu hakkın kadın işçiye tanınmasının zorunlu olduğunu belirtmiştir. Hatta Yargıtaya göre, bu hak talep edilmesine rağmen işçiye tanınmamışsa işçi tek başına alacağı karar ile ücretsiz doğum iznini kullanabilir. Gerçekten Yargıtaya göre, “... İş Kanunu'nun 74. maddesinde, ... ücretli doğum izninin ardından, istekleri halinde kadın işçilere 6 aya

⁸² Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 776; Süzek, 840; Arslan Ertürk, 360-361; Şahin Emir,137.

⁸³ Yarg. 9. HD. 16.4.2012, E. 2010/5907, K. 2012/13018, (www.kazanci.com).

kadar ücretsiz doğum izni verileceği belirtilmiş ve kanun koyucu, yorum kurallarına başvurulmasına gerek kalmaksızın, bu hakkı işverenin taktirine bırakmayacak şekilde açık ve net olarak düzenlemiştir. Buna karşın, iş kanunu sistematığı açısından, ilgili hususu, yaptırım ile güvence altına alan açık bir düzenleme yapılmamakla birlikte, tamamen korumasız bırakıldığı da düşünülemez. *Bir başka anlatımla, doğum yapan kadın işçinin, ücretsiz doğum iznini kullanmak istemesi ve işveren tarafından buna izin verilmemesi halinde, kadın işçi tek başına alacağı karar ile işverene bildirimde bulunarak, ücretsiz doğum iznine ayrılabilir.* Somut olayda, davacı işçi doğum yapmış, doğum sonrasında kullandığı ücretli doğum izinlerinden sonra, ücretsiz doğum izni talep etmiş ancak işverence buna izin verilmemiştir. Kaldı ki, davacının iş sözleşmesinin feshinin ardından, kendisine yıllık izin ücretinin de ödendiği, bu suretle davacıya yıllık ücretli izninin kalan kısımlarının dahi kullandırılmadığı anlaşılmaktadır. *Mahkemece, değinilen hususlar gereğince, iş sözleşmesinin davacı tarafından değil, davalı işveren tarafından geçersiz nedenle feshedildiği gerekçesi ile davanın kabulü ile davacının işe iadesine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile red hükmü kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir*”⁸⁴.

Kadın işçi altı aylık sürenin tamamını kullanmak zorunda değildir. İsterse daha kısa bir süre de talep edebilir. Ancak altı ayı aşacak şekilde talepte bulunamaz. Daha doğru bir ifade ile altı ayı aşacak şekildeki talepleri işveren kabul etmek zorunda değildir.

Uygulamada konu ile ilgili olarak duraksama yaratan hususlardan biri de işçinin ücretsiz doğum izin talebini *ne zamana kadar* işverene ulaştırması gerektiğidir. Kanunda bunun onaltı haftalık sürenin tamamlanmasından *sonra*, çoğul gebelik halinde ise onsekiz haftalık

⁸⁴ Yarg. 9 HD., 13.7.2009, E. 2008/36349, K. 2009/20734; aynı yönde Yarg. 9 HD., 26.9.2008, E. 2007/27521, K. 2008/25157, kararlar için bkz. (www.kazanci.com).

süreden sonra işverene ulaştırılacağı belirtilmektedir. Kuşkusuz işçi bu sürelerin tamamlanmasından önce de talepte bulunulabilir, hatta böylece işveren de işyerindeki organizasyonu daha sağlıklı bir şekilde oluşturabilir. Bunu engelleyen bir durum olmadığı gibi aslında işlerin düzenlenebilmesi, işlerin akışında herhangi bir aksamaya sebep olunmaması açısından isabetli olan da budur. Ancak kadın işçi isterse bu hakkını analık izni (çalıştırma yasak süresi) bittikten sonra da kullanabilir. Bu noktada “sonra” ibaresine verilecek anlam önemlidir. Kanunda sonra denilmiş olmasının sınırsız bir süreye işaret etmediği açıktır. Bu hakkın analık izin süresinin hemen akabinde kullanılması ve talepte bulunulması gerekir. Bu nedenle kural olarak işçi analık izin süresinin ardından işe geri döndükten ve çalışmaya başladıktan sonra bu hakkını kullanamaz. Ancak burada da dürüstlük kuralının uygulanması ve somut olayın özelliği dikkate alındığında işçinin işbaşı yaptıktan hemen sonra ortaya çıkan ihtiyaç üzerine böyle bir talepte bulunması halinde bu talebin kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Kanunda evlat edinme halinde bu hakkın ne zaman kullanılması gerektiğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak evlat edinme halinde bu sürenin evlat edinme tarihinden itibaren, daha isabetli bir şekilde çocuğun evlat edinene teslim tarihinden itibaren başlaması gerekir.

3. Süt izni

Kadın işçilere doğum sebebiyle verilmesi gereken bir başka izin de süt iznidir. Kuşkusuz hüküm öncelikle bebeğin sağlığını ve gelişimini de dikkate almaktadır. Anne sütünün bebeğin sağlığı ve gelişimi için ne kadar önemli olduğu pek çok bilimsel çalışmada ortaya konulmakta, bu nedenle annenin bebeğini emzirmesi gerekliliğine dikkat çekilmektedir. Kanuna göre, kadın işçilere bir yaşımdan küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam bir buçuk saat süt izni verilir. Bu sürenin hangi saatler arasında ve

kaça bölünerek kullanılacağını işçi kendisi belirler. Bu süre günlük çalışma süresinden sayılır (m.74/7).

Kanunda öngörülen süre en az süreyi öngörmektedir. Dolayısıyla işçiye bu süreden daha az süt izni verilmesi mümkün değildir, ancak bu sürenin iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesi ile artırılması mümkündür⁸⁵. Ayrıca süt izninin kullanımı işçinin talebine bağlı değildir. İşveren işçi talep etmese de bu izni kullandırmak zorundadır.

Süt izninin kullanımı konusunda inisiyatif işçidedir ve oldukça esnek bir düzenleme söz konusudur. İşçi bu süreyi ister bir bütün olarak isterse birden fazla süreye bölerek kullanabilir. İşyerinin işçinin evine yakın olması halinde sık sık bebeğin beslenmesini gerçekleştirebilmek için bu sürenin kısa kısa birden fazla bölümde kullanılması mümkün olduğu gibi işyerinin eve uzak olması halinde tek parça olarak işin başlamasından önce işe geç gelmek ya da işin bitiminden önce işten erken ayrılmak biçiminde kullanılması da mümkündür. Buna karşılık amacı dikkate alındığında bu iznin haftada bir gün ya da tüm izin süresinin toplu olarak kullanılmaması gerekir. Bir diğer deyişle bu iznin günlük olarak kullanılması esastır. Ancak her ne kadar hükmün amacı dikkate alındığında bu şekilde yorum yapılması gerekirse de büyük şehirlerde özellikle de işçilerin işverence sağlanan araçlarla işin yapıldığı yere getirilip götürüldüğü işyerlerinde süt izin hakkının günlük kullanımı işçilerce tercih edilmemektedir. İşverence sağlanan araçlarla daha konforlu ve daha hızlı bir şekilde evine gidebilecekken kendi olanakları ile daha uzun sürede evine gittiğinde işçi bu haktan gereği gibi yararlanamamaktadır. Bu nedenle de öğretide de belirtildiği gibi, Kanuna konulacak hükümle, sınırlı hallerde, özellikle günlük kullanımın zorluklara sebep olması ve işçinin de yazılı olarak talep etmesi halinde süt izninin

⁸⁵

Köseoğlu/Kaya, 59.

toplu kullanımına izin verilmesi isabetli olacaktır kanaatindeyiz⁸⁶. Yargıtay bu iznin toplu kullanılamayacağını kabul etmektedir⁸⁷.

Öte yandan süt izin süresi tek doğumda doğan çocuk sayısına göre değişmez. Kanunda bu konuda bir artırımı öngörülmemiş, ikiz ya da daha fazla sayıda çocuğun doğumu halinde bu sürenin artırılacağı yönünde bir düzenleme yapılmamıştır. Bunun sonucunda işçi tek doğumda ikiz de ya da daha fazla sayıda çocuk sahibi olsa da kullanması gereken süt izin süresi bir buçuk saat olacaktır⁸⁸.

İşverence süt izninin kullandırılmamasını halinde bunun yaptırımının ne olacağı üzerinde de durulmalıdır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi daha önce süt izninin kullandırılmamasının bir yaptırımı olmadığını kabul etmekteydi⁸⁹. 2017 yılında Özel Daire görüşünü değiştirmiş ve süt izninin kullandırılmaması halinde izin yapmayıp çalışmış olduğu süre için ve işçiye fazla çalışma ücreti ödenmesi

⁸⁶ Aynı yönde, *Taşkent/Kurt*, 42. Yazarlar, toplu kullanımın yasaya uygun olmadığını, ancak işçinin talep etmesi, işverenin de sakınca görmemesi halinde böyle bir uygulama yapılabileceğini belirtmektedirler; aynı yönde *Arslan Ertürk*, 362.

⁸⁷ Yarg. 9 HD., 27.4.2017, E. 2017/4543, K. 2017/7375, (www.kazanci.com).

⁸⁸ *Taşkent/Kurt*, 42. Yazarlara göre, çoğul gebelik halinde de süt izninin günde toplam bir buçuk saati geçmemesi gerekir, zira annenin bu süre içinde birden fazla olan çocuklarını emzirmesine herhangi bir engel yoktur.

⁸⁹ Yarg. 9.HD., 1.5.2007, E. 2007/4893, K. 2007/13796; aynı yönde, Yarg. 9 HD., 7.4.2014, E. 2012/7210, K. 2014/11523. Yargıtayın bu son kararına göre, “Kadın işçiye doğumdan sonra bir yıla kadar günde 1.5 saat süt izni verilmesi gerektiğine dair düzenleme, 10.6.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 Sayılı İş Kanununun 74. maddesiyle getirilmiştir. İşverence süt izni verilmemesinin yaptırımı da, anılan Kanunun 104. maddesinde öngörülmüştür. Bununla birlikte süt izni verilmemesi durumunda işçiye ilave bir ücret ödeneceğine dair bir kurala yer verilmiş değildir. Bu durumda süt izni ücreti isteğinin reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalıdır”; 1.5.2007 tarihli Yargıtay kararı isabetsiz bulan karar incelemesi için bkz. *Özel*, Kayhan: Karar İncelemesi-Bir Yargıtay Kararı Işığında Süt İzinlerinin Hukuki Niteliği, Çalışma ve Toplum D., 2011/1, 325-330.

gerektiğini kabul etmiştir. Gerçekten Yüksek Mahkemeye göre, “İşverence süt izni verilmemesinin yaptırımı da, idari para cezası olarak anılan Kanun'un 104. maddesinde öngörülmüştür. Belirtmek gerekir ki ceza yaptırımına bağlanan bir davranışın hukuki bir yaptırımı da olmalıdır.

Süt izni yasadan kaynaklanan bir mazeret iznidir ve yasal haktır. Kural olarak da ücrete tabidir. Ancak ertelenmeme özelliği vardır ve sonradan kullanılamaz. Bu sebeple de doğduğu an kullanılması için işçi tarafından talep edilmesi gerekir. Her ne kadar süt izni karşılığı ücret öngörülmemiş ise de işçiye verilmemesi halinde bağlanan cezai yaptırım gibi hukuki bir yaptırım da bağlanmalıdır.

İşçi süt izni olan günlük 1,5 saatlik zamanda çalışmış ise bunun karşılığı mesai yaptığından, fazla mesai olarak değerlendirilmeli ve fazla mesainin karşılığı ücret hesaplanıp hüküm altına alınmalıdır”⁹⁰.

Ekleyelim ki, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi de bu süre için işçiye % 50 zamlı ücret ödenmesi gerektiğini kabul etmektedir⁹¹. Yargıtay 22. Hukuk Dairesine göre, “Süt izni ile ilgili olarak Dairemizin 13.06.2016 tarih 2015/12878 Esas 2016/17527 Karar sayılı kararıyla, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 69/3. fıkrasında “İşçilerin gece çalışmaları yedibuçuk saati geçemez”, hükmüne göre gece çalışmasının zamlı ücret üzerinden ödeneceği hususunda bir kanuni düzenleme bulunmamakla birlikte, Dairemizin yerleşik içtihatları ile bu durum açıklığa kavuşturulmuş ve gece yapılan fazla çalışmaların zamlı ücret üzerinden ödenmesi gerektiği kabul olunmuştur. Süt izni konusunda da benzer yorum yapılmasının hakkaniyete ve Anayasa ve Kanun koyucunun amacına daha uygun olduğu değerlendirilmiştir.

⁹⁰ Yarg. 9 HD., 27.4.2017, E. 2017/4543, K. 2017/7375; aynı yönde Yarg. 9 HD., 2.4.2018, E. 2017/5607, K. 2018/7152, (www.kazanci.com).

⁹¹ Yarg. 22 HD., 25.9.2017, E. 2015/16933, K. 2017/19050, (www.kazanci.com).

Zikredilen kararda, aynen;

"Yasa uyarınca kadın işçilere çocuklarını emzirmeleri için günde birbuçuk saat (aksi yönde ve fakat işçi lehine olmak üzere taraflar arasında süre düzenlemesi yapılabileceği gibi) süt izni verilmesi hususu işverenin insiyatifinde olan bir durum olmayıp, 4857 Sayılı İş Kanunun 74/7. fıkrası uyarınca da bu sürenin hangi saatler arasında ve kaç bölünerek kullanılacağı işçi tarafından belirleneceği hüküm altına alınmış olup, işçinin süt izni kullanması gerektiği halde bu iznin kullandırılmaması durumunda, kullandırılmayan sürenin tespiti ile % 50 zamlı ücret üzerinden hesaplama yapılması gerektiğinin kabulünün Anayasanın 50/2. maddesine ve amaçsal yorum benimsemek suretiyle 4857 Sayılı kanunun ruhuna daha uygun düşeceği " gerekçesiyle hükmün bozulmasına karar verilmiştir.

Somut uyuşmazlıkta da davacının süt iznini kullanamadığı süre tespit edilip % 50 zamlı ücret üzerinden hesaplama yapılması gerekirken yazılı gerekçe ile talebin reddi isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir"⁹². Görüldüğü gibi Yargıtay Özel Dairesi kararında haftalık 45 saatlik sürenin aşılp aşılmadığına bakmaksızın süt izninin kullandırılmadığı süre için zamlı ücret ödenmesine karar vermiştir.

Her iki Dairenin kararları bizce de isabetlidir. Zira kararlarda da belirtildiği gibi, işçi bu sürede çalışmaması gerekirken çalıştırılmıştır ve bu çalıştırmanın bir yaptırımı olmalıdır. Bu bağlamda da o süre için işçiye çalışmasının karşılığı olarak zamlı ücret ödenmelidir⁹³. İşçiye zamlı ücret

⁹² Yarg. 22. HD., 7.2.2019, E. 2017/19628, K. 2019/2718, (www.kazanci.com).

⁹³ Öğretide Taşkent/Kurt, bu konuda yasada yaptırım alanında bir boşluk bulunduğunu, bunun çözümünün yargıcın "kural koyma yetkisi"ni kullanması olduğunu, yargıcın bu yetkisini kullanırken de İş Kanunu m. 27'de düzenlenen ve yeni iş arama iznini vermeyip, o esnada işçiyi

ödenmesi için haftalık 45 saatin aşıp aşılmadığına da bakılmaması, salt izin kullandırılmaksızın çalıştırılması zamlı ücret ödenmesi için yeterli görülmelidir kanaatindeyiz.

VI. Kadına Özgü Kıdem Tazminatı Hakkı: Evlenen Kadın İşçinin Evlenme Tarihinden İtibaren Bir Yıl İçinde İş Sözleşmesini Feshetmesi

1. Genel Olarak

Kadın işçilere özgü olan düzenlemelerden biri de 1475 sayılı İş Kanununun halen yürürlükte olan 14. maddesinde yer almaktadır. Anılan hükme göre, kadın işçi evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde iş sözleşmesini kendi arzusu ile sona erdirirse kıdem tazminatına hak kazanır (f.2).

Belirtelim ki, bu hükmün temelinde eski Medeni Kanunun 159. maddesi yer almaktaydı. Söz konusu hüküm kadın işçinin çalışmasını kocasının iznine tabi tutmaktaydı. Bu nedenle de evlenen kadın işçinin istemesi halinde iş sözleşmesini feshetmesi ve çalışma yaşamından ayrılabilmesine olanak tanınmıştı. İsabetsiz olan bu hüküm 1990 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş⁹⁴, böylece bu hakkın

⁹⁴ çalıştıran işveren için öngörülmüş bulunan yaptırımı esas alabileceğini belirtmektedirler, *Taşkent/Kurt*, 43.
AYM, 29.11.1990, E. 1990/30, K. 1990/31, (RG., 2.7.1992, 21272). Anayasa Mahkemesi, "... kadının, tıpkı erkek gibi mesleğini ve işini özgürce seçmekte, topluma yarar getiren etkinliklerde bulunmaya hakkı vardır. Anayasa'nın 12. maddesine göre kişiye bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez nitelikteki çalışma hak ve özgürlüğü, evli kadının da temel haklarından biridir. Kocanın sahip olduğu çalışma hak ve özgürlüğü ile aralarında hiçbir hukuksal fark ve ayrıcalık yoktur. Şüphesiz, eşler evlilik birliğinin korunması, çocukların yetişmesi için karşılıklı özveride bulunacak ve çalışma hak ve özgürlüklerini kullanmayı da karşılıklı uyum ve anlaşma sağlayarak gerçekleştireceklerdir. Fakat çalışmak, mesleğini yürütmek, kişiliğini geliştirmek, ailesine ve topluma

temelinde yatan sebebin bugün için bir geçerliliği kalmamıştır. Nitekim söz konusu hükmün kadın ve erkek işçiler arasında eşitsizliğe yol açtığı gerekçesiyle Anayasa Mahkemesince iptali talep edilmiş, ancak Yüksek Mahkeme hükmü Anayasaya aykırı bulmamıştır.

Anayasa Mahkemesine göre; “Kimi sosyal gerçeklerin doğurduğu zorunluluktan kaynaklanan ve aile birliği içerisinde yüklenilen görevlerin boyut ve önemi gözetilerek evlenmesi nedeniyle hizmet akdini kendi arzusu ile sona erdiren kadın çalışanı ve aile birliğini korumaya yönelik düzenlemenin, Anayasa'ya aykırılığından söz edilemez”⁹⁵. Ancak 11 üyeli Mahkemenin kadın olan iki üyesi karara karşı oy yazmıştır^{96, 97}.

çalışmasıyla katkıda bulunmak isteyen kadına, Medeni Yasa'nın 159. maddesine dayanarak kocanın tek taraflı olarak izin vermemek suretiyle anlaşmazlık çıkarması ve bu yasaklamaya karşın çalışmasını sürdüren karısını kusurlu duruma düşürüp boşanma nedeni yaratmasına veya -itiraz yoluna başvurulmuş olayda görüldüğü gibi- sömürü aracı olarak çalıştırdığı karısının bu yüzden boşanma davası açması üzerine çalışması için verdiği izni geri almasına olanak veren Medeni Yasa'nın 159. maddesi, Anayasa'nın 49. maddesinde yerini bulan temel haklardan olan çalışma özgürlüğüne de aykırılık oluşturur” diyerek bizce de çok yerinde gerekçelerle söz konusu hükmü iptal etmişti.

95

AYM 19.6.2008, E. 2006/156, K. 2008/125, (RG.,)

96

Söz konusu karşıoy yazısında önce kadına bu hakkın tanınmasının sebebi açıklığa kavuşturulduktan bu sebebin artık olmadığı vurgulandıktan sonra “Anayasa'nın 10. maddesinde “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir” denilerek hukuksal eşitlik tanımlandıktan sonra 7.5.2004 günlü 5170 sayılı Yasa ile eklenen ikinci fıkrada, kadınların ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğu; Devletin, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlü bulunduğu vurgulanmıştır. Böylece kadınların da erkeklerin sahip oldukları hakları elde edebilmeleri için Devletin alacağı önlemlerle kadınlar lehine pozitif ayrımcılık yapılmasına olur verilmiştir. Bu kural kuşkusuz, siyasi, sosyal ve ekonomik hakların uygulamaya geçirilmesi bakımından erkeğe göre daha geride bulunan kadının aradaki mesafeyi kapatabilmesi için getirilmiş olup, erkeğin hak kaybına uğramasının Anayasal dayanağı olarak değerlendirilemez. Pozitif ayrımcılık kadının, cinsiyeti nedeniyle hak kaybına uğramasının önüne geçilmesi amacına yöneliktir.../...Anayasa'nın

Öğretide bir görüş maddeyi, evlilik sonrası kadınların işten ayrılmalarını teşvik edici nitelikte olduğu ve erkekler için geçerli olmadığı sebebi ile eleştirmektedir⁹⁸. Bir başka görüş ise kadınların bakım ve aile yükümlülüklerini hafifleten mekanizmalar oluşturuluncaya kadar, söz konusu düzenlemenin korunması gerektiğini kabul etmektedir⁹⁹.

Bizce bu hüküm yürürlükten kaldırılmalı ve yerine doğum yapan ve çocuğuna bakmak isteyen kadın işçiye bu hak tanınmalıdır. Bunun için

41. maddesinde de belirtildiği gibi aile Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Bu eşitlik çerçevesinde yasa koyucu evlilik birliğinin kurulması sonucu işten ayrılmayı, kıdem tazminatına hak kazanma için geçerli bir neden olarak görüyorsa, evlilik birliğinin bir tarafını diğerine üstün tutamaz. Salt cinsiyet farkı, böyle bir ayrımın gerekçesi olamaz. Bu kadın lehine dayanağını Anayasa'dan alan pozitif ayrımcılık değil erkeğe ve kadına verilen geleneksel rolün erkek yönünden doğurduğu negatif yansımadır.../...Öte yandan, evlenme nedeniyle isteğe bağlı olarak iş akdinin sona erdirilmesinde, kadına kıdem tazminatı ödenerek bu durumun, özendirici hale getirilmesinin, kadının iş yaşamından uzaklaştırılmasına da neden olabileceği gözetildiğinde, geleneksel yaklaşımlarla kadının korunması amaçlanırken, aslında kadınlara erkek arasında bu konudaki yasal düzenlemelere karşın uygulamada varlığını sürdüren ve Anayasa'nın 10. maddesine eklenen fıkra ile giderilmeye çalışılan eşitsizliğin daha da derinleşmesine yol açılması olasılığı, varsayımdan öte üzerinde durulması gereken Anayasal bir sorun oluşturmaktadır. Çağımızda kadın, geleneksel yaklaşımlarla değil, toplumun eşit haklara sahip bireyi olarak erkeklerle aynı hukuksal konuma getirilebilmesi amacıyla Anayasal korumadan yararlandırılmalıdır. Bu tür korumaya gereksinim duyulmadığı durumlarda ise erkeklerin kadınların yararlandığı olanaklardan yoksun bırakılmaları onlar yönünden açık bir eşitsizlik yaratacağından Anayasa'nın 10. maddesine aykırılık oluşturur.../...Belirtilen nedenlerle itiraz konusu Kural'ın iptali gerektiği görüşüyle çoğunluk kararına karşıyız” denilmektedir.

⁹⁷ Karara ilişkin eleştiri hakkında bkz. *Centel*, Tankut: Kıdem Tazminatında Pozitif Ayrımcılık, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 15, Eylül 2009, 5 vd. Yazara göre pozitif ayrımcılık, ekstra korumaya ihtiyacı olan grupların çalışma yaşamında kalarak korunmalarını amaçlar; oysa düzenleme, kadınları çalışmaktan caydırıcı niteliktedir. Kararda kadının yerinin evi olduğu ve çalışma yaşamında yeri olmadığı izlenimi verilmektedir.

⁹⁸ *Dedeoğlu*, 50.

⁹⁹ *Bakırcı*, İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik, 35- 36

de doğum tarihinden itibaren bir süre öngörölmeli, örneğin çocuk bir yaşına gelinceye kadar iş sözleşmesini fesheden kadın işçinin kıdem tazminatına hak kazanacağı yönünde düzenleme yapılmalıdır. Bunun gibi aynı hakkın evlat edinen işçilere de tanınması isabetli olur kanaatindeyiz. Bu açıdan evlat edinilen çocuğun bakım ihtiyacı olması da dikkate alınmalı ve İş Kanununun 13. ve 74. maddelerindeki evlat edinen ebeveynlere tanınan haklarla uyumlu olması açısından üç yaşından küçük çocuğu evlat edinen kadın ya da erkek işçinin kıdem tazminatı talep hakkına sahip olduğu kabul edilmelidir. Hatta evlat edinilen çocuk açısından üç yaş sınırı yerine ilköğretim çağına gelmemiş olma kriteri de benimsenebilir.

2. Feshin Gerçekleşmesi Gereken Süre

Kadın işçinin iş sözleşmesini feshederek kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için fesih işleminin resmi evlilik işleminden sonra olması gerekir. Evlenme Türk Medeni Kanunu hükümlerine uygun olmalıdır. Dolayısıyla bu hüküm açısından evlenme amacıyla birlikte yaşamak yeterli olmayacağı gibi dini nikahla evlenmiş olmak da bu hakkın kullanımı için yetmez.

Kadın işçinin iş sözleşmesini evlenme tarihinden itibaren bir yıl içinde feshetmesi gerekir. Bir yıllık süre hak düşümü süresi olup, bu süre geçmekle birlikte hak da sona erer. Bunun sonucunda kadın işçinin resmi evlenme tarihini takip eden yılın aynı gününe denk gelen gün itibarıyla iş sözleşmesini feshetmemesi halinde artık bu sebebe dayanarak iş sözleşmesini feshetmesi ve kıdem tazminatı talep etmesi mümkün olmaz.

Kanunda bir yıllık sürenin *evlenme tarihinden itibaren* başlayacağını belirtmesi karşısında, kadın işçinin *evleneceği için* iş sözleşmesini feshetmesi kıdem tazminatına hak kazandırmayacaktır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ve Hukuk Genel Kurulu da bu yönde karar

vermektedir. Gerçekten Yargıtaya yansımış bir olayda işçi evleneceği için iş sözleşmesini feshetmiş, ancak işveren Kanundaki koşullara uygun bir fesih olmadığı için kıdem tazminatı ödememiştir. Bunun üzerine açılan davada yerel mahkeme işçinin kıdem tazminatı talebini kabul etmiş, kararın temyizi üzerine Yargıtay 9. HD., feshin 5.6.2008 tarihinde yapıldığını, buna karşılık davacı işçiye ait nüfus kayıt örneğine göre davacının resmi evlilik işlemlerinin 24.6.2008 tarihinde gerçekleştiğini tespit ederek yerel mahkeme kararını bozmuştur. Yerel mahkeme, davacının evlenme niyetiyle işten ayrıldığı, fesih hakkının evlilik tarihinden itibaren bir yıllık süreye tâbi olduğunun hükme bağlandığı, evliliğe çok yakın tarihte ve evlenme niyetiyle eşi ile birlikte olan ve hazırlık yapan davacının iş sözleşmesini feshettiği ve evlilik sözleşmesinin de çok kısa bir süre sonra gerçekleştiği, 9. Hukuk Dairesinin bu yönde kararlarının bulunduğu belirtilerek önceki kararında direnmiştir. Hukuk Genel Kurulu; resmî evlilik işleminden önce müstakbel bir evlilik için başka bir anlatımla yapacağı evlilik nedeni ile iş sözleşmesini fesheden davacının, 1475 Sayılı Kanun'un [14.](#) maddesindeki hüküm karşısında kıdem tazminatına hak kazanamayacağına hükmetmiştir¹⁰⁰. Kanun hükmünün açıklığı karşısında karar bizce de isabetlidir.

3. Boşandığı Eşi İle Evlenen Kadın İşçinin İş Sözleşmesini Feshi ve Kıdem Tazminatı Talebi

Kadın işçinin evlenme sebebiyle iş sözleşmesini feshetmesi ve kıdem tazminatını talep edebilmesi açısından kiminle evlendiğinin bir önemi bulunmamaktadır. Fakat uygulamada bu hakkın bazen kötüye kullanılabileceği kaygısı ile Yargıtay somut olayın özelliğine göre kararlar verebilmekte, kadının boşanıp, kısa bir süre sonra boşandığı eşi ile evlenip ardından da iş sözleşmesini feshederek kıdem tazminatı talep etmesine

¹⁰⁰ YHGK, 24.1.2018, E. 2015/7-3743, K. 2018/81; Aynı yönde YHGK, 12.10.2016, E. 2014/9-1136, K. 2016/968; Yarg. 9 HD., 22.9.2014 E. 2012/26431, K. 2014/27565, kararlar için bkz. (www.kazanci.com).

şüphe ile yaklaşmaktadır. Gerçekten Yargıtay bu gibi davranışların hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğunu ve dürüstlük kuralına aykırılık taşıdığını kabul etmekte ve işçiye kıdem tazminatı ödenmeyeceğine karar vermektedir.

Yargıtaya göre, “... davacı kocasından 1.11.2004 tarihinde şiddetli geçimsizlikten boşanmıştır. Karar temyiz edilmeden kesinleşmiştir. Boşanma dosya içeriğinde davalı eş boşanma istemine karşı koymamıştır. Dava tek oturumda bitmiştir. Davacı eski eşiyle 5.4.2005 tarihinde yeniden evlenmiştir. Davacı evlilik sebebiyle iş sözleşmesini 11.4.2005 tarihinde fesih etmiştir. ... davacı boşandıktan yaklaşık 5 ay sonra eski eşiyle evlenmiştir. Sözleşmeyi fesh ederek kıdem tazminatını evliliğini gerekçe yaparak Kanunun koruduğu himayeden yararlanmak istemiştir. ... Davacı çelişkili davranmıştır. Dürüstlük kuralına aykırı hakaret etmiştir”¹⁰¹. Kanaatimizce karara konu olayda işçinin eşinden boşanması ve yeniden evlenmesi arasında çok da kısa bir süre bulunmamaktadır. Ancak Yargıtay bazı olguların hakkın kötüye kullanıldığını gösterecek nitelikte olduğu kanaatine ulaşmış görünmektedir. Oysa hukukumuzda iyiniyet asıldır, bunun aksini gösterecek olguların daha belirgin olması gerekir kanaatindeyiz. Bu nedenle Yargıtayın bu kararına şüphe ile yaklaşılmalıdır.

4. Kadın İşçinin Başka Bir İşyerinde Çalışmaya Başlaması

Konu ile ilgili olarak uyuşmazlığa neden olan bir başka olgu ise evlendikten sonra iş sözleşmesini feshedip, kıdem tazminatı alarak işten ayrılan kadın işçinin başka bir işyerinde çalışmaya başlaması halinde kıdem tazminatı talep hakkı olup olmadığıdır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, “... Ancak burada Kanunun amacı, evlenme nedeni ile çalışmayacak olan

¹⁰¹ Yarg. 9 HD., 1.3.2010, E. 2010/4176, K. 2010/5420, (www.kazanci.com).

kadının kıdem tazminatı isteyebileceğidir. Olayda davacı 8.7.1985 tarihinde evlenmiş ve aynı işyerinde çalışmasını sürdürdükten sonra 2.7.1986 tarihinde hizmet akdini sona erdirmiştir. Davalı, savunmasında, davacının bu fesihten kısa bir süre sonra Egebank'ın Mecidiyeköy Şubesi'nde işe girip çalışmaya başladığını bu durumda kıdem tazminatı istemesinin yasanın amacına aykırı olduğunu, hakkın suistimali teşkil ettiğini ileri sürerek davanın reddini talep etmiştir. Gerçekten davacının hizmet aktini feshettikten kısa bir süre sonra başka bir işyerinde işe girdiği ve çalışmasını sürdürdüğü anlaşırsa, bu hal kıdem tazminatı bakımından hakkın kötüye kullanılması halini teşkil eder ve kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmez. O halde, savunma üzerinde durulup gerekli araştırma ve inceleme yapılarak davacının başka işyerinde çalışmaya başladığı anlaşırsa, isteği reddetmek, aksi hal gerçekleşirse şimdiki gibi kıdem tazminatını hüküm altına almak gerekir” diyerek işçiye kıdem tazminatı ödenmesine hükmeden yerel mahkeme kararını bozmuştur. Mahkemenin kararında direnmesi üzerine Hukuk Genel Kurulu oyçokluğu ile “Bir işyerinde çalışmakta iken evlenen bir kadın, Yasa'nın tanıdığı olanaktan yararlanarak kıdem tazminatını almak suretiyle ayrılmışsa, daha sonraki dönemlerde çalışma hakkını kaybettiğinden söz edilemez; diğer taraftan önceki işinden ayrılan kadın ayrılmasını hemen takiben çalışma ile evliliği öncekine göre daha kolaylıkla yürütebileceği yeni bir iş bularak çalışmasını da sürdürebilir. Bu kuşkusuz subjektif bir değerlendirmedir. Olayda hakkın kötüye kullanılması söz konusu olmadığından direnme uygun bulunmakla onanması gerekir.” sonucuna ulaşmıştır¹⁰².

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi daha sonra verdiği kararlarda kadın işçinin iş sözleşmesinin feshinden çok kısa bir süre sonra başka bir yerde

¹⁰² YHGK, 27.4.1988, E. 1988/9-225, K. 1988/369, (www.kazanci.com).

çalışmaya başlamasının hakkın kötüye kullanılması olmayacağına hükmetmiştir¹⁰³.

VII. BAZI İŞYERLERİ İLE SINIRLI OLARAK EMZİRME ODASI VE YURTLARDAN YARARLANABİLME HAKKI

Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik uyarınca kadın işçi eğer 100-150 kadın çalışanı¹⁰⁴ olan bir işyerinde çalışıyorsa emzirme odalarından, 150’den çok kadın çalışanı olan bir işyerinde çalışıyorsa çocukların bırakılabileceği yurt hizmetinden yararlanabilir.

Yönetmeliğe göre, yaşları ve medeni halleri ne olursa olsun, 100-150 kadın çalışanı olan işyerlerinde, emziren çalışanların çocuklarını emzirmeleri için işveren tarafından, çalışma yerlerinden ayrı ve işyerine en çok 250 metre uzaklıkta EK-IV’te belirtilen şartları taşıyan bir emzirme odasının kurulması zorunludur (m.13/1). Yaşları ve medeni halleri ne olursa olsun, 150’den çok kadın çalışanı olan işyerlerinde, 0-6 yaşındaki

¹⁰³ Yarg. 9. HD., 16.1.2013, E. 2010/37179, K. 2013/1571; Aynı yönde bir Yarg. 9. HD., 10.5.2012, E. 2010/10705, K. 2012/16586. Yargıtaya göre, “kadın işçinin evlilik nedeniyle ayrılmasından sonra tekrar başka bir işe girmesi onun kötü niyetli olduğu anlamına gelmez. Zira böyle bir durumda Anayasal çalışma hakkının ön planda geldiği kabul edilmelidir... Somut olayımızda davalı işyerinde müdür yardımcısı olarak çalışan davacı, yeni işyerinde daha yüksek bir ücretle ve müdür konumunda çalışmaya başlamış olup artık davacının yasal hakkını kullanarak evlilik sebebiyle davalı işyerinden ayrıldığı ve hakkın kötüye kullanılması söz konusu olmadan anayasal hakkını kullanarak yeni bir işte çalışmaya başladığının kabulü dosya içeriğine uygundur”, kararlar için bkz. (www.kazanci.com).

¹⁰⁴ Öğretide işverenlerin bu yükümlülüğten kaçınmak için kadın işçi sayısını öngörülen rakamların altında tutmasına yol açtığı, dolayısıyla kadınların çalışma olanakları kısıtladığı gerekçesi bu düzenleme eleştirilmekte ve işverenin emzirme odası ve yurt açma yükümlülüğünün kadın ve erkek işçi sayısının toplamı dikkate alınarak belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir, *Bakırcı*, İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik, 29.

çocukların bırakılması, bakımı ve emziren çalışanların çocuklarını emzirmeleri için işveren tarafından, çalışma yerlerinden ayrı ve işyerine yakın EK-IV’te belirtilen şartları taşıyan bir yurdun kurulması zorunludur. Yurt, işyerine 250 metreden daha uzaksa işveren taşıt sağlamakla yükümlüdür (m.13/2).

Yönetmelikte işverenlere ortaklaşa oda ve yurt kurabilme hakkı tanınmış (m.13/3), bunun dışında oda ve yurt açma yükümlülüğünü, kamu kurumlarınca yetkilendirilmiş yurtlarla yapacakları anlaşmalarla yerine getirebilme olanağı da sağlanmıştır. Dolayısıyla işverenler kendileri yurt kurabilecekleri gibi kadın çalışanlarına bunu hizmet satın alma biçiminde sağlayabilirler.

Ekleyelim ki, emzirme odası ve yurt açma yükümlülüğünün belirlenmesinde, işverenin belediye ve mücavir alan sınırları içinde bulunan tüm işyerlerindeki kadın çalışanların toplam sayısı dikkate alınır (Gebe veya Emziren Kadın Yön. m.13/4). Emzirme odası ve/veya yurt kurulması için gereken kadın çalışan sayısının hesabına erkek çalışanlar arasından çocuğunun annesi ölmüş veya velayeti babaya verilmiş olanlar da dâhil edilir¹⁰⁵.

Oda ve yurtlardan, kadın çalışanların çocukları ile erkek çalışanların annesi ölmüş veya velayeti babaya verilmiş çocukları faydalanırlar. Odalara 0-1 yaşındaki, yurtlara ilköğretime kayıt yaşını doldurmamış çocuklar alınır (Gebe veya Emziren Kadın Yön. m.14/1).

¹⁰⁵

Bu hakkın erkek ve kadına eşit olarak sağlanması gerektiği görüşü için bkz. *Bakırcı, İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik*, 30.

SOSYAL GÜVENLİK MEVZUATINDAKİ KADINLARA YÖNELİK AYRIK DÜZENLEMELER VE HAKLAR

Dr. Öğr. Üyesi Efe Yamakoğlu*

I. GİRİŞ

Modern sosyal güvenlik sistemleri kadın ya da erkek ayırımı olmaksızın tüm insanlar için beşikten mezara kadar belirli risklere karşı koruma sağlama amacı güder. Ancak erkek egemen toplumlarda ne kadar eşitlikçi yasalar çıkartılsa da bazı toplumsal roller nedeniyle yasalardan beklenen ve arzu edilen etki sağlanamayabilir¹. Bilindiği gibi, birçok kadının ekonomik güvencelerinin bir erkek (baba veya eş) üzerinden belirlenmesinin temel nedeni, toplumsal cinsiyetçi işbölümü kapsamında kadına yüklenmiş olan ailevi görevler ve çocuk bakım sorumluluğudur². Kadınların işgücü piyasalarına katılımını ve işgücü piyasalarındaki sürekliliğini engelleyen³ bu bakım rolü çoğu zaman yasalarla da desteklenmekteydi. Öte yandan 29.01.2016 tarihli ve 6663 sayılı Kanun ile aile sorumlulukları ve çocuğun bakımı için sağlanan bir takım haklar artık ebeveynlerden birinin yararlanabileceği şekilde –isabetli olarak- tekrar düzenlenmiştir.

Tebliğimizde genel olarak kadınlara yönelik sosyal güvenlik mevzuatımızda yer alan ayrik düzenlemeler ve hakların neler olduğu incelenmektedir. Bu kapsamda çocuğun bakımı için sadece anneye değil babaya da izin verilmesi ve kısmi süreli çalışmaya geçiş imkanının tanındığı düzenlemeler incelenecektir. Ayrıca bütüncül bir yaklaşımla

* İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Şakar, Müjdat: **Sosyal Sigortalar Uygulaması**. 11. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, 259.

² Gökbayrak, Şenay: “İşgücü Piyasaları ve Sosyal Güvenlikte Dönüşüm Ekseninde Kadınların Emeklilik Güvencesi”. **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2011/2, 167-168; Taşkent, Savaş/Kurt, Dilek: “Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Mevzuatında Kadın İşçinin Korunması”. **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2014/1, 30.

³ Gökbayrak, 168.

sadece işgücüne katılan kadınların değil, çeşitli nedenlerle işgücünün dışında kalan kadınların sosyal güvenliğinin nasıl sağlandığına da değinilecektir. Nihayet kadın istihdamının işgücüne katılımının ne şekilde artırılabilceği yürürlükteki yasalar ve uygulama çerçevesinde değerlendirilecektir.

II. ANALIK HALİ

1. Genel Olarak

Analık hali, gebeliğin başladığı tarihten itibaren doğumdan sonraki sekiz haftalık, çoğul gebeliklerde ise ilk on haftalık süreyi ifade eder. Ayrıca bu süreçte gebelik ve analık haliyle ilgili rahatsızlık ve engellilik halleri de analık hali olarak kabul edilmektedir (SSGSSK, m. 15/f.2). Mevzuatımızda yapılan değişikliklerle analık haline bağlı edimlerin çerçevesi genişletilmiş ve gebelik, doğum, lohusalık dönemi ile birlikte çocuğun büyütülmesi ve bakımı için geçen süreleri de kapsar hale gelmiştir⁴. Bu yönleriyle analık sigortası hükümleri annenin korunması yanında çocuğun korunmasını da hedeflediği görülür⁵.

Belirtelim ki, analık haline ilişkin izinler ve parasal yardımlar farklı statüye tabi çalışanlar için farklı kanunlarda düzenlenmiştir. Buna göre işçiler ve bağımsız çalışanları kapsayan analık sigortası yardımları 5510 sayılı Kanun ile düzenlenmiş iken paralel düzenlemeler kamu görevlileri açısından 657 sayılı Kanun'da yer almaktadır. Bunun gibi, aynı statüdeki çalışanlar için dahi farklı kanunlarda analık haline ilişkin bazı parasal yardımlar söz konusudur. Aşağıda farklı kanunlarda yer alan düzenlemelerin doğum, analık ve çocuğun bakımı süreçlerinde kadınlara ne gibi haklar sağladığını ve kişiler bakımından kapsamı incelenecektir.

⁴ Sözer, Ali Nazım: **Türk Sosyal Sigortalar Hukuku**. Güncellenmiş 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2017, 244; Tuaç, Pelin: “Analık Halinde İş ve Sosyal Güvenlik Hukukundan Doğan Haklar – 6663 Sayılı Kanun ile Getirilen Yenilikler”. **Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, C: 32, S: 1, 2017, 204.

⁵ Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioglu, Nurşen: **Sosyal Güvenlik Hukuku**. 16. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2016, 424.

2. 5510 sayılı Kanun Bakımından Analık Sigortasının Kapsamı ve Yapılan Yardımlar

a) Genel Olarak

Analık sigortasının kişiler bakımından kapsamı sırayla 5510 sayılı Kanunu'nun m. 4/I, a bendine göre sigortalı olan işçiler ve hizmet sözleşmesiyle çalışmamakla birlikte 4/I,a'lı sayılanlar; m. 4/I, b bendine tabi köy ve mahalle muhtarları, bağımsız çalışanlar, 6132 sayılı At Yarışları Hakkında Kanuna tabi jokey ve antrenörler; kısmen sigortalılık kapsamında olan ve analık sigortası hükümlerinin uygulanacağı hükümlü ve tutuklular (m. 5/a) ile ülkemiz ile sosyal güvenlik sözleşmesi olmayan ülkelerde iş üstlenen işverenlerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçileridir (m. 5/g).

Analık sigortası yardımları olarak yalnızca parasal edimler söz konusu olup sağlık hizmetleri genel sağlık sigortasından karşılanmaktadır. Parasal edimler ise **geçici iş göremezlik ödeneği** ile **emzirme ödeneği**nden ibarettir. Eklemek gerekir ki doğum sonrası ortaya çıkan fakat doğumla ilgili hastalıklar (eklansi, filibit, anemi vb.) da analık sigortası kapsamında değerlendirilir⁶. Parasal edimlerden yararlanabilmek için doğumdan önce belirli bir süre prim bildirilmiş veya ödenmiş olması da gerekir. Aşağıda işbu yardımlardan kimlerin, hangi miktarda, hangi süreyle ve hangi şartlarda yararlanacağı belirtilecektir.

b) Geçici İş Göremezlik Ödeneği

Geçici iş göremezlik ödeneği sigortalı kadının çalışmadığı süreçte meydana gelen gelir kaybını bir nebze önleme amacı taşıdığından sigortalı erkeğin sigortalı olmayan eşinin geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanma imkanı bulunmamaktadır. Şu halde maktu aylıkla çalışmayan işçiler, çalışmadıkları dönemde yalnızca geçici iş göremezlik ödeneği alabilecek olup bunun miktarı ise yatarak tedavilerde 5510 sy. Kanun'un 17 nci maddesine göre hesaplanacak günlük kazancının yarısı, ayaktan

⁶ Tuncay, Can/Ekmekçi, Ömer: **Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri**. Yenilenmiş 18. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2016, 434.

tedavilerde ise üçte ikisidir. Öte yandan maktu aylıkla çalışan işçiler analık döneminde de temel ücretlerini aynı şekilde alabilmektedirler. Mükerrer ödemeyi engellemek maksadıyla analık nedeniyle çalışılmayan günlerde ödenen geçici iş göremezlik ödeneğinin maktu aylıkla çalışan işçilerin ücretlerinden mahsup edileceği hükme bağlanmıştır (İş K. m. 48/f.2)⁷. Kadın gazeteciler ise analık izni süresince son aldığı ücretin yarısı ile birlikte geçici iş göremezlik ödeneğine de hak kazanabilmektedir. Ayrıca doğum vuku bulmaz veya çocuk ölü dünyaya gelirse, bu halin vukuundan itibaren de bir ay müddetle bu ücret ödenmektedir (Basın İş Kanunu m. 16/f.7).

Geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanılabilmesi için doğumdan önceki bir yıl içinde 90 gün prim bildirilmesi gerekmektedir (m. 18/f.1,c). Kanunun m. 4/I,b bendine göre sigortalı olanların ise genel sağlık sigortası dahil prim ve prime ilişkin her türlü borçlarının ödenmiş olması şarttır (m. 18/f.2). Öte yandan 4/I,b kapsamındaki şirket ortağı olan kadın sigortalılar analık sigortasından sağlanan geçici işgöremezlik ödeneği kapsamı dışında bırakılmışlardır⁸.

5510 sayılı Kanun'un analık sigortası kapsamında sigortalı kadına ödenecek geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanma süresi İş Kanunu m. 74'de yer alan doğum izni ile paralel bir şekilde düzenlenmiştir. Buna göre sigortalı kadına doğumdan önceki ve doğumdan sonraki sekiz haftalık sürede, çoğul gebelik halinde ise doğumdan önceki sekiz haftalık süreye iki hafta ilave edilerek çalışılmayan her gün için geçici iş göremezlik ödeneği ödenir (m. 18/c). Sigortalı kadının, erken doğum yapması halinde doğumdan önce kullanamadığı çalıştırılmayacak süreler ile isteği ve hekimin onayıyla doğuma üç hafta kalıncaya kadar çalışması halinde, doğum sonrası istirahat süresine eklenen süreler için de geçici iş göremezlik ödeneği verilir (m. 18/f.1, d).

⁷ *Tuaç*, 217.

⁸ *Şakar*, Sosyal Sigortalar Uygulaması, 227.

c) Emzirme Ödeneği

Analık sigortası yardımlarından olan emzirme ödeneğinden yararlanacakların kapsamı daha geniş tutulmuştur (m. 16/f.3). Bu çerçevede geçici iş göremezlik ödeneği bağlanamayacak olan m. 4/I,b, (3) kapsamında sigortalı olan anonim şirketlerin yönetim kurulu üyesi olan ortakları, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin komandite ortakları, diğer şirket ve donatma iştiraklerinin ise tüm ortaklarına emzirme ödeneği verilebilecektir. Ayrıca emzirme ödeneğinden sigortalı kadın gibi sigortalı erkeğin sigortalı olmayan eşi de yararlanabilmektedir. Sigortalı olmayan bir kadının analık sigortası edimlerinden yararlanabilmesi için eşiyle aralarında resmi bir evlilik bulunması şarttır. İmam nikahlı yahut erkek arkadaşıyla seviyeli birliktelik yaşayan kadınlar emzirme ödeneğinden yararlanamaz⁹. Nihayet kendi çalışmalarından dolayı gelir ve aylık bağlanan sigortalı kadın ile erkeğin sigortalı olmayan eşine de emzirme ödeneği verilebilmektedir. Emzirme ödeneği her çocuk için yaşaması şartıyla¹⁰ doğum tarihinde geçerli olan tarife üzerinden verilmektedir (m. 16/f.3). Emzirme ödeneğinin miktarı 2019 yılı için 180 TL olarak belirlenmiştir.

Emzirme ödeneğine hak kazanılabilmesi için de belirli bir prim bildirme veya ödeme gün sayısı aranmaktadır. Buna göre, sigortalıya emzirme ödeneği verilebilmesi için, Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında olanlar için doğumdan önceki bir yıl içinde en az 120 gün kısa vadeli sigorta kolları primi bildirilmiş olması; (b) bendi kapsamında olanlar için doğumdan önceki bir yıl içinde en az 120 gün kısa vadeli sigorta kolları primi yatırılmış ve genel sağlık sigortası primi dahil prim ve prime ilişkin her türlü borçlarının ödenmiş olması şarttır (m. 16/f.4). Ayrıca sigortalılığın sona erdiği tarihten itibaren üçyüzgün içinde çocukları doğan ve doğum tarihinden önceki onbeş ay içinde 120 gün prim ödeyen sigortalı kadına veya sigortalı erkeğin sigortalı olmayan eşine de emzirme ödeneği verilecektir.

⁹ *Tuncay/Ekmekçi*, 435.

¹⁰ Sağ doğan çocuğun bir süre sonra ölmesinin bu yardımdan yararlanma hakkını engellemediği görüşü için bkz. *Tuncay/Ekmekçi*, 437.

3. 4447 Sayılı İşsizlik Sigortası Kapsamında Sunulan Doğum veya Evlat Edinme Sonrası Yarım Çalışma Ödeneği

4857 sayılı İş Kanununa göre, “doğum sonrası analık hâli izninin bitiminden itibaren çocuğunun bakımı ve yetiştirilmesi amacıyla ve çocuğun hayatta olması kaydıyla kadın işçi ile üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen kadın veya erkek işçilere istekleri hâlinde birinci doğumda altmış gün, ikinci doğumda yüz yirmi gün, sonraki doğumlarda ise yüz seksen gün süreyle haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin verilir. Çoğul doğum hâlinde bu sürelere otuzar gün eklenir. Çocuğun engelli doğması hâlinde bu süre üç yüz altmış gün olarak uygulanır. Bu fıkra hükümlerinden yararlanan süre içerisinde süt iznine ilişkin hükümler uygulanmaz” (m. 74/f.2)¹¹. Madde metninde ifade edilen haftalık çalışma süresinin yarısı kadarki (22,5 saat) ücretsiz izin hakkının tamamlayıcısı olarak bu dönemde işçilerin gelirlerinde kesinti olmamasını sağlamak maksadıyla 4447 sayılı Kanuna 29.01.2016 tarihinde Ek 5. madde eklenmiş ve **işçilere** bazı şartlarda yarım çalışma ödeneğine hak kazanabileceği hükme bağlanmıştır.

Yarım çalışma ödeneği işsizlik sigortası fonundan karşılanmaka olup çalışılan aya ait aylık prim ve hizmet belgesinin ilişkin olduğu aydan sonraki ikinci ay içinde Fondan aylık olarak ödenir. Miktarı ise günlük asgari ücretin brüt tutarı kadardır. Görüldüğü gibi yarım çalışma ödeneği Kanunda standart bir miktar olarak belirlenmiş olup işçinin ne kadar yüksek bir ücret aldığına bir önemi bulunmamaktadır.

¹¹ İş Kanunu m. 74/f.son gereği söz konusu düzenlemeden 4857 sayılı Kanun kapsamı dışında kalan işçiler de yararlanabilecektir.

Yarım çalışma ödeneğinden yararlanabilmek için işçinin adına doğum veya evlat edinme tarihinden önceki son üç yılda en az 600 gün işsizlik sigortası primi bildirilmiş olması, 4857 sayılı Kanunun 63 üncü maddesinde belirtilen haftalık çalışma süresinin yarısı kadar fiilen çalışılması ve doğum ve evlat edinme sonrası analık hâli izninin bittiği tarihten itibaren 30 gün içinde Kuruma doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma belgesi ile başvuruda bulunulması gerekir. Mücbir sebepler dışında, başvuruda gecikilen süre doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneği almaya hak kazanılan toplam süreden düşülerek ödeme yapılır. Bu ödemeler damga vergisi hariç herhangi bir vergi ve kesintiye tabi tutulmaz. Bu süreçteki %32,5 oranındaki sosyal güvenlik primi işçi ve işveren payları da işsizlik sigortası fonu tarafından karşılanmaktadır. İşsizlik sigortası fonu, SGK'ya prim ödeme yükümlüsü olmakla birlikte işyeri ve işveren sayılmaz ve bu kişiler için işe giriş ve çıkış bildirimi yapılmaz (Ek 5. madde).

Önemle belirtelim ki yarım çalışma ödeneği, geçici işgöremezlik ödeneği ile birlikte hak kazanılabilen parasal bir yardım değildir. Geçici işgöremezlik ödeneği almaya hak kazananlara, bu durumlarının devamı süresince doğum sonrası yarım çalışma ödeneği ödenmeyecektir (Ek 5. madde).

Nihayet şunu belirtmemiz gerekir ki yarım çalışma ödeneği, evlat edinme bakımından isabetli olarak sadece kadın değil erkeğin de yararlanabileceği bir hak olarak düzenlenmiştir. Öte yandan İş Kanunu m. 74/f.2 düzenlemesi gereği doğum halinde yarım çalışma ödeneğinden yalnızca kadın işçiler (biyolojik anne) yararlanabilmektedir. Diğer bir ifadeyle çocuğun biyolojik babasının bu haktan yararlanması mümkün değildir. Kanımızca doğum sonrası çocuğun bakımı için kadın veya erkek işçinin belirli bir süre yarım çalışmaya geçip buna paralel olarak ebeveynlerin bu ödenekten yararlanabileceğinin düzenlenmesi daha isabetli olurdu. Böylece zorunlu ilköğretim çağına kadar devam eden ve ebeveynlerden birine yönelik olarak kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkı (İş K. m. 13/f.5) ile paralellik sağlanmış olurdu.

4. Kamu Görevlilerine Yönelik Analık İzinleri

Tek çatı, ortak norm felsefesiyle yürürlüğe girmiş olan ve bütün çalışan statülerinin sosyal güvenliğini aynı esaslara tabi kılmayı hedefleyen 5510 sayılı Kanunu, kamu görevlilerini kısa vadeli sigorta kollarına ilişkin hükümleri bakımından, bu bağlamda analık sigortasının kapsamı dışında bırakmıştır (m. 4/f.7). Öte yandan bu düzenleme kamu görevlilerinin tamamen korunmasız bırakıldığı anlamını taşımamakta olup 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nda analık haline ilişkin koruyucu düzenlemelere yer verilmektedir.

657 sayılı DMK’nın “mazeret izni” kenar başlıklı 104/A maddesinde, analık iznine ilişkin 4857 sayılı Kanun m. 74/f.1 ile paralel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, *“kadın memura; doğumdan önce sekiz, doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam onaltı hafta süreyle analık izni verilir. Çoğul gebelik durumunda, doğum öncesi sekiz haftalık analık izni süresine iki hafta eklenir. Ancak beklenen doğum tarihinden sekiz hafta öncesine kadar sağlık durumunun çalışmaya uygun olduğunu tabip raporuyla belgeleyen kadın memur, isteği hâlinde doğumdan önceki üç haftaya kadar kurumunda çalışabilir. Bu durumda, doğum öncesinde bu rapora dayanarak fiilen çalıştığı süreler doğum sonrası analık izni süresine eklenir. Doğumun erken gerçekleşmesi sebebiyle, doğum öncesi analık izninin kullanılmayan bölümü de doğum sonrası analık izni süresine ilave edilir. Doğum öncesi analık izninin başlaması gereken tarihten önce gerçekleşen doğumlarda ise doğum tarihi ile analık izninin başlaması gereken tarih arasındaki süre doğum sonrası analık iznine ilave edilir. Doğumda veya doğum sonrasında analık izni kullanılırken annenin ölümü hâlinde, isteği üzerine memur olan babaya anne için öngörülen süre kadar izin verilir. Üç yaşını doldurmamış bir çocuğu eşiyile birlikte veya münferit olarak evlat edinen memurlar ile memur olmayan eşin münferit olarak evlat edinmesi hâlinde memur olan eşlerine, çocuğun teslim edildiği tarihten itibaren sekiz hafta süre ile izin verilir. Bu izin evlatlık kararı verilmeden önce çocuğun fiilen teslim edildiği durumlarda da uygulanır”*.

Bunun gibi, 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi işçilere doğum veya evlat edinme sonrası haftalık çalışma süresinin yarısı kadar kullanabileceği ücretsiz izin hakkına (m 74/f.2) benzer şekilde yarım zamanlı çalışma imkanı 29.01.2016 tarihli ve 6663 sayılı Kanunun 6. maddesiyle 657 sayılı Kanunun 104/F maddesine de eklenmiştir. Düzenlemeye göre, *“Doğum sonrası analık izni süresi sonunda kadın memur, isteği hâlinde çocuğun hayatta olması kaydıyla analık izni bitiminde başlamak üzere ayrıca süt izni verilmeksizin birinci doğumda iki ay, ikinci doğumda dört ay, sonraki doğumlarda ise altı ay süreyle günlük çalışma süresinin yarısı kadar çalışabilir. Çoğul doğumlarda bu sürelerle birer ay ilave edilir. Çocuğun engelli doğması veya doğumdan sonraki on iki ay içinde çocuğun engellilik durumunun tespiti hâllerinde bu süreler on iki ay olarak uygulanır. Üç yaşını doldurmamış bir çocuğu eşiyile birlikte veya münferit olarak evlat edinen memurlar ile memur olmayan eşin münferit olarak evlat edinmesi hâlinde memur olan eşleri de, istekleri üzerine (A) fıkrası uyarınca verilen sekiz haftalık iznin bitiminden itibaren bu haktan aynı esaslar çerçevesinde yararlanır. Memurun çalışacağı süreler ilgili kurum tarafından belirlenir”*. Görüldüğü gibi, doğum veya evlat edinme sonrası belirtilen süreyle memur yarım zamanlı çalışabilecek ve bu süreçte çalışmadığı mesai saatleri için mazeretli sayılacaktır. Kanuna göre memurların mazeret izinleri sırasında fiili çalışmaya bağlı her türlü ödemeler hariç malî hakları ile sosyal yardımlara dokunulmayacağı da hüküm altına alınmaktadır (m. 104/G). Daha açık bir anlatımla, yarım zamanlı çalışan memur, mazeretli olduğu dönemde fiili çalışmaya bağlı ödemeler dışında kalan ve bir kadronun karşılığı olan maaşlarını tam olarak alabilecektir¹².

657 sayılı Kanunun 10/4F maddesini 4857 sayılı Kanun m. 74 ile 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu Ek 5. madde ile birlikte değerlendirdiğimizde doğum veya evlat edinme sonrası yarım zamanlı çalışmaya geçiş hükümlerinin süre bakımından işçiler ve memurlar açısından paralel olarak düzenlendiğini söylememiz mümkündür. Buna karşın memurların bu süreçte maaşlarından bir kesinti olmamakla birlikte yarım çalışma ödeneğine hak kazanan işçiler bu süreçte ücret miktarı ne

¹² Sözer, 258.

kadar yüksek olursa olsun asgari ücretin brüt tutarı kadar yarım çalışma ödeneği alacaklardır¹³. Bir diğer fark ise memurların yarım zamanlı çalışmaya geçebilmesi ve maaşını tam olarak almaya devam edebilmesi için doğum veya evlat edinme öncesi belirli bir süre prim ödemesi şartı aranmamakla birlikte işçilerin yarım çalışma hakkını kullandığı süreçte yarım çalışma ödeneğinden yararlanabilmesi için doğum/evlat edinme öncesi belirli bir süre prim bildirilmesi şartı aranmaktadır.

Öte yandan 657 sayılı Kanun Ek 43. madde ile 4857 sayılı İş Kanunu m. 13/f.5'teki düzenlemeyle *(kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkı)* paralel olarak çocuğun zorunlu ilköğretim çağına başladığı tarihi takip eden ay başına kadar yarım zamanlı çalışma uygulamasının devam ettirilebileceği öngörülmektedir. Bu durumdaki memurlar ise m. 104/F'deki sürelerin dışına çıkıldığından artık mazeretli sayılmayacak ve maaşlarını yarım olarak alacaklardır. Doğum sonrası yarım zamanlı çalışma kenar başlığını taşıyan düzenleme şu şekildedir: *“Doğum yapan memurlar doğum sonrası analık izninin veya 104 üncü maddenin (F) fıkrası uyarınca kullanılan iznin, eşi doğum yapan memurlar ise babalık izninin bitiminden, ilgili mevzuatı uyarınca çocuğun mecburi ilköğretim çağına başladığı tarihi takip eden ay başına kadar olan dönemde, ayrıca süt izni verilmeksizin haftalık çalışma saatlerinin normal çalışma süresinin yarısı olarak düzenlenmesini talep edebilirler. Bu kapsamda yarım zamanlı çalışmaya başlayan memur, aynı çocuk için bir daha bu haktan yararlanmamak kaydıyla başvuru tarihini izleyen ay başından geçerli olmak üzere normal zamanlı çalışmaya dönebilir. Bu fıkra hükmünden yararlanan memura, yarım zamanlı çalışmaya başladığı tarihi izleyen ay başından itibaren, mali haklar ile sosyal yardımlarına ilişkin her bir ödeme unsurunun yarısı esas alınarak ödeme yapılır. Bunların fiili çalışmaya bağlı ödemeleri hakkında ise ilgili mevzuat hükümleri uygulanmaya devam olunur. Derece yükselmesi ile kademe ilerlemesi için aranan süreler açısından bu şekilde çalışılan dönemdeki hizmet süreleri yarım olarak dikkate alınır. Bu kapsamdaki memurun çalışma saatleri ilgili kurum tarafından belirlenir. Bir çocuğu eşiyle birlikte veya münferit olarak evlat edinen memurlar ile memur olmayan eşin münferit olarak*

¹³

Bkz. Yukarıda III, 3.

evlat edinmesi hâlinde memur olan eşleri de istekleri üzerine çocuğun fiilen teslim edildiği tarihten veya 104 üncü maddenin (A) fıkrası uyarınca sekiz haftalık izin verilmesi ya da aynı maddenin (F) fıkrası uyarınca izin kullanılması hâlinde buzinlerin bitiminden itibaren bu fıkra hükümlerinden yararlanır”. O halde devlet memurlarının haftalık çalışma süresi 40 saat olduğu için, yarım zamanlı çalışan memurun haftalık çalışma süresi de 20 saat olacaktır. Hangi günler kaç saat çalışarak haftalık 20 saatin doldurulacağına da kamu görevlisinin bağlı olduğu kurum karar verecektir.

Yarım zamanlı çalışan memurun fiili hizmet süreleri ile prim ödeme gün sayıları da yarım olarak hesaplanacaktır. Yarım zamanlı olarak çalışmaya başlanan günü izleyen ay başından itibaren normal zamanlı çalışılması hâlinde ödenmesi gereken sigorta primine esas aylık kazanç ya da emekli keseneğine esas aylık tutarının yarısı üzerinden sigorta primi veya emekli keseneği ödenecektir. Ancak, bu kişilerin genel sağlık sigortası primi sigortalı ve işveren yükümlülüğünde herhangi bir değişiklik yapılmaksızın sigorta primine esas aylık kazanç ya da emekli keseneğine esas aylık tutarının tamamı üzerinden ödenir (5510 sy. K. ek m. 11). Belirtelim ki, çocuğun bakımı için yarım zamanlı çalışmaya geçilmesi nedeniyle primi eksik ödenen günlerin tamamının veya bir kısmının daha sonra borçlanılabilmesi mümkündür (5510 sy. K. ek madde 11/f.2).

5. Primsiz Rejim: Çalışma, Sosyal Hizmetler ve Aile Bakanlığı Tarafından Yapılacak Doğum Yardımı

633 sayılı Sosyal Hizmetler Alanında Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’ye 27.03.2015 tarihli ve 6637 sayılı Kanun ile Ek 4. madde eklenmiş ve Türk Vatandaşlarına belirli bir miktar doğum yardımı yapılacağı hükme bağlanmıştır. Buna göre, *“Türk vatandaşlarına, canlı doğan birinci çocuğu için 300 TL, ikinci çocuğu için 400 TL, üçüncü ve sonraki çocukları için 600 TL doğum yardımı yapılır. Bu yardım Türk vatandaşı olan anne veya babaya, her ikisi de Türk vatandaşı ise anneye yapılır. Doğum yardımı, Bakanlıkça belirlenen zorunlu hâllerde babaya ödenebilir”* (f.1). Görüldüğü gibi, Kanunda doğum yardımının “Türk vatandaşlarına” yapılacağı belirtildiğinden bu

ödemenin yapılması bakımından herhangi bir çalışan statüsünde (**kamu görevlisi, bağımsız çalışan, işçi vs.**) olmanın hatta çalışıp çalışmamanın (**ev kadını**) bir önemi bulunmamaktadır. Doğum yardımının diğer Kanunlara dayalı olarak verilecek ödeneklerle birlikte verilmesinin önünde bir engel de bulunmamaktadır¹⁴.

Öte yandan kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilen işçilerin bireysel veya toplu iş sözleşmelerinde işçinin kendisi veya eşinin doğum yapması halinde bir miktar para ödeneceği belirtilmişse ve bu miktar Kanunda öngörülen tutarı aşıyorsa artık ek bir ödeme yapılmayacaktır. Kanunda belirtilen miktardan daha aşağı bir miktar sözleşmelerle öngörülmüşse ancak fark miktarı verilecektir. Dikkat edilirse söz konusu düzenleme yalnızca kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilen işçilere ilişkindir. Özel sektörde çalışan işçiler ise sözleşmelerde yer verilen doğum yardımı yanında bu Kanunda belirtilen doğum yardımını da alabileceklerdir. Bu yönüyle düzenlemenin aynı statüde çalışanlar arasında bir eşitsizlik yarattığını söylemek gerekir¹⁵.

III. YAŞLILIK HALİ

1. Genel Olarak

Etkisi ve derecesi kişiden kişiye değişmekle birlikte kaçınılmaz olarak kişinin beden ve mental gücü bir yaştan sonra giderek azalmaktadır. Dolayısıyla yaşlanan birey çalışma hayatından uzaklaşmak durumunda kalabilmekte ve bir gelir kaybı söz konusu olmaktadır. Bunun gibi yaşlılıkla birlikte ortaya çıkması muhtemel sağlık giderleri de kişinin kendisi ve ailesi üzerinde maddi bir yük oluşturmaktadır¹⁶.

Kaçınılmaz bir fizyolojik risk olarak nitelendirilen yaşlılık riskiyle karşılaşıldığında gelirin devamlılığını sağlamak amacıyla modern sosyal sigorta sistemlerinde geçmişte ödenen primlerin karşılığı olarak sigortalıya

¹⁴ *Tuaç*, 226.

¹⁵ *Sözer*, 253.

¹⁶ *Yamakoğlu*, Efe: “Emekliliğe Hak Kazanmanın İş İlişisine Etkisi”. **SİCİL İş Hukuku Dergisi**, S: 40, 2018, 146.

bir yaşlılık aylığı bağlanması öngörülmektedir¹⁷. Öte yandan sigortalının, sosyal güvenlik kurumundan yaşlılık aylığına (emekliliğe) hak kazanabilmesi için kanunda öngörülen yaş, sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısı gibi koşulları da yerine getirmesi gerekmektedir. Ülkemizde öteden beri işbu şartlar kadınlar bakımından erkeklere nazaran bir nebze daha kolaylaştırılmıştır. 25.08.1999 tarih ve 4447 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce kadınlarda 20, erkeklerde ise 25 yıl sigortalılık süresi ve 5000 gün MYÖ primi ödenmesi yaşlılık aylığına hak kazanmak açısından yeterliydi (506 sayılı Kanun m. 60/A-c). Genç yaşta emekli olunabilmesinin önünü açan kolaylaştırılmış emeklilik şartları Bağkur ve Emekli Sandığına tabi çalışanlar için de geçerliydi. 4447 sayılı Kanun ile getirilen düzenleme ile emeklilik yaşı kadınlarda 58 erkeklerde 60 olarak belirlenmişse de Kanunun yürürlük tarihinden önce sigortalı olanlar bakımından emeklilik için gerekli prim ödeme gün sayısı ve yaş sınırı kademeli olarak artırılabilmiştir¹⁸. Kademeli geçiş sürecinde de kadın sigortalının erkek sigortalı emsaline nazaran sigortalılık süresi ve yaş haddi bakımından daha erken ve kolay emekli olduğu belirtilmelidir¹⁹.

Yürürlükteki 5510 sayılı Kanun'a göre de yaşlılık aylığına hak kazanma bakımından öngörülen yaş kadınlarda 58, erkeklerde ise 60'tır (m. 28/f.2,a). Bununla birlikte, yaş haddi kadın ve erkek sigortalılar bakımından 1.1.2036 tarihinden itibaren kademeli olarak artırılmış ve 1.1.2048 tarihinden itibaren 65 yaş olarak eşitlenmiştir. Belirtilen yaş hadlerinin uygulanmasında emekli olabilmek için Kanunda belirtilen prim gün sayısı şartının doldurulduğu tarihte geçerli olan yaş hadleri esas alınacaktır (m.28/f.2,b). Görüldüğü gibi, ilk defa 5510 sayılı Kanun döneminde sigortalı olan her statüdeki çalışan (**kamu görevlisi, bağımsız çalışan, işçi**) 1.1.2048'den itibaren aynı yaş haddine tabidir. TÜİK verilerine göre ortalama yaşam süresi erkeklere göre daha uzun olan

¹⁷ Güzel/Okur/Caniklioglu, 473; Tuncay/Ekmekçi, 463; Sözer, 373; Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, 237 vd.

¹⁸ Kademeli geçiş sürecinin öngörüldüğü düzenlemenin ilk hali AYM tarafından iptal edilmiştir. Bunun üzerine 23.05.2002 tarihli sigortalılık süresine göre kademeler tekrar düzenlenmiştir.

¹⁹ Yamakoğlu, 146-147.

kadınların erkekler ile en azından aynı yaş haddine tabi kılınması isabetli görülmelidir.

Öte yandan yaşlılık sigortasından sağlanan haklar ve yararlanma şartlarının belirtildiği 28. maddenin devamında kolaylaştırılmış emeklilik seçenekleri de düzenlenmektedir. Aşağıda öncelikle engelli çocuğu olan kadın sigortalıları ilgilendiren kolaylaştırılmış emeklilik seçeneği incelenecek ardından yaşlılık sigortasından yararlanmak için gerekli sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısını etkileyen hizmet borçlanması düzenlemelerinin doğrudan kadın sigortalıları etkileyen hükümleri değerlendirilecektir.

2. Başkasının Sürekli Bakımına Muhtaç Ağır Engelli Çocuğu Olan Kadın Sigortalılara Erken Emeklilik İmkânı

5510 sayılı Kanunun 28. maddesinde yer alan kolaylaştırılmış emeklilik koşullarından biri bakıma muhtaç derecede ağır engelli²⁰ çocuğu olan kadın sigortalılara yöneliktir. Buna göre, *“emeklilik veya yaşlılık aylığı bağlanması talebinde bulunan kadın sigortalılardan başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede ağır engelli çocuğu bulunanların, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra geçen prim ödeme gün sayılarının dörtte biri, prim ödeme gün sayıları toplamına eklenir ve eklenen bu süreler emeklilik yaş hadlerinden de indirilir”*. Belirtelim ki çocuğun evlat edinilmiş olması bu haktan yararlanmanın önünde bir engel değildir. Başka birinin bakımına muhtaç derecede ağır engelli çocuk sayısı birden fazla ise böyle bir durumda yalnızca çocuklardan biri için bu haktan yararlanılabilecektir²¹.

²⁰ Maluliyet Tespiti İşlemleri Yönetmeliği'nin (RG 03.08.2013, S: 28727) 12. maddesinin 2. fıkrasına göre, kadın sigortalıların başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede ağır engelli çocuklarının tespitinde, yürürlükte olan Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik esas alınır.

²¹ *KEİG Platformu: Türkiye’de Kadınlar Sosyal Güvenliğin Neresinde? 5510 Sayılı SSGSS Kanunu’nun Toplumsal Cinsiyet Açısından Analizi*. İstanbul, 2015, 40.

Örnek verecek olursak, 01.01.1980 doğumlu olan ve ilk defa 05.04.2004 tarihinde sigortalı olan bir kadının emekli olabilmesi için 58 yaşını beklemesi gerekmektedir. Aynı örnekten devam edersek, sigortalının en erken 58 yaşını dolduracağı 01.01.2038 yılında emekli olabilmesi söz konusu iken bakıma muhtaç ağır engelli bir çocuğunun olması durumunda 01.10.2008'den itibaren çalıştığı sürelerin dörtte biri prim ödeme gün sayısına eklenip yaş haddinden düşeceği için 58 yaşından daha erken bir yaşta emekli olabilme ihtimali bulunmaktadır. Buna göre, Kanunun yürürlüğe girdiği andan itibaren kesintisiz çalıştığı ve bu süreçte çocuğunun bakıma muhtaçlığının devam ettiği varsayımında örneğimizdeki kadın sigortalının yaklaşık 52 yaşında emekli olabilme imkanı bulunmaktadır.

Çalışmaların sigorta prim gün sayısına ilave edileceği süre, çocuğun ölmesi, bakıma muhtaçlığın kalkması, kadın boşanmış ise velayetinin babaya verilmesi, engelli çocuğun Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kanunu hükümlerine göre koruma altına alınması ya da çocuğun bakım ve rehabilitasyon hizmetlerinden ücretsiz sürekli ve yatılı olarak faydalanması halinde sona ermektedir²².

Kanımızca bakım sorumluluğunun sadece kadının değil ailenin sorumluluğu olarak düzenlenmesine paralel gelişmelerin ağır engelli çocuğun bakımında kolaylaştırılmış emeklilik düzenlemesine de yansması gerekmektedir. Bu vesileyle ağır engelli çocuğu olan ebeveynleri kapsar şekilde hükmün gözden geçirilmesi isabetli olur²³.

²² Uğur, Murat: “Çalışma Yaşamında Kadınlara Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununa Göre Sağlanan Haklar”. **SİCİL İş Hukuku Dergisi**, S: 32, 2014, 198; *KEİG Platformu*, 41.

²³ Düzenlemenin ayrımcı olduğu yönünde ayrıca bkz. *Güzel/Okur/Caniklioglu*, 501; *KEİG Platformu*, 41.

3. Hizmet Borçlanması İmkânı

a. Doğum Borçlanması

Uzun vadeli sigorta kollarından yapılacak parasal yardımlardan yararlanabilmek için belirli bir sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısı aranmaktadır. Kişinin kendisi veya hak sahibi konumundaki kişilerin bu şartları sağlayabilmek için geçmişe yönelik toptan bir ödeme yapıp yapamayacağı sorusu akla gelmektedir. Hizmet borçlanması, sigortalı olarak geçirilmeyen bazı sürelerin, daha sonra uzun vadeli sigorta kollarına ilişkin primlerin toptan ödenmesi yoluyla sigortalı hizmetten sayılmasına olanak veren bir sosyal sigorta işlemidir²⁴. Belirtilmelidir ki, ancak yasalarda sayılan sınırlı sayıda hallerde sigortalının kendisi veya hak sahipleri geriye yönelik toptan bir ödeme yapıp bunları prim ödeme gün sayısına ve sigortalılık süresine saydırabilmektedir²⁵.

5510 sayılı Kanun'un 41. maddesi, sigortalının borçlanabileceği süreleri düzenlemektedir. Hizmet borçlanması yapılabilecek haller sınırlı sayı ilkesine tabi olup kanunda gösterilen haller dışında hizmet borçlanması yapabilme imkanı bulunmamaktadır. Hizmet borçlanması yapılabilecek hallerde sigortalının kendisinin veya hak sahiplerinin yazılı talepte bulunmaları ve talep tarihinde 82 nci maddeye göre belirlenen prime esas günlük kazanç alt ve üst sınırları arasında olmak üzere, kendilerince belirlenecek günlük kazancın %32'si üzerinden hesaplanacak primlerini borcun tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde ödemeleri şartı ile borçlandırılarak, borçlandırılan süreleri sigortalılıklarına sayılır.

²⁴ Çavuş, Ö. Hakan: “Yargı Kararları ve Sosyal Güvenlik Kurumu Uygulamaları Kapsamında Son Değişikliklerle Birlikte Yurtdışı Hizmet Borçlanması”. **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2015/4, 38; Ocak, Saim: “SGK Hizmet Borçlanması”. **Çalışma Yaşamının Güncel Sorunları, III. Sempozyum**, Kocaeli Üniversitesi/Kocaeli Barosu, 2011, 39.

²⁵ Ocak, SGK Hizmet Borçlanması, 39.

Hizmet borçlanması söz konusu olabildiği hallerden bir tanesi de doğum borçlanmasıdır. 5510 sayılı Kanun m. 41/f.1,a’da belirtilen doğum borçlanmasına esas süreleri iki başlık altında inceleyebiliriz²⁶. Buna göre;

i) Öncelikle Kanunları gereği verilen ücretsiz doğum ya da analık izin süreleri borçlanılabilmektedir. Burada **doğum sayısı bakımından bir sınırlama bulunmamaktadır**²⁷. Bu çerçevede örneğin 657 sayılı DMK’ya göre doğum sonrası kamu görevlisinin aylıksız izin kullandığı süreler daha sonra borçlanılabilir. Bunun gibi, 4857 sayılı Kanunun 74. maddesine göre doğumdan önceki sekiz hafta ve doğumdan sonraki sekiz haftalık doğum izninde ve bundan sonra işçinin isteyebileceği altı aya kadarki ücretsiz izinde hizmet borçlanması imkanı mevcuttur²⁸. Önemle ifade edelim ki, analık ve çocuğun bakımı için öngörülen izinler 6663 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerle evlat edinme halinde bir ebeveyn izni olarak tekrar düzenlendiği için 74. maddede belirtilen analık izni (sekiz hafta) ile altı aya kadarki ücretsiz izin sürelerinden erkek sigortalı da yararlanabilecektir. O halde evlat edinme halinde bu izinleri kullanan erkek sigortalının da daha sonra bu süreleri borçlanması artık mümkündür.

ii) Doğum nedeniyle çalıştığı işinden ayrılmak zorunda kalan kadın sigortalının sigortasız geçirdiği sürelerin de borçlanılabilmesi mümkündür. Düzenlemeye göre, tüm sigorta kollarının uygulandığı 4. maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bendi kapsamındaki sigortalı kadının **üç defaya mahsus olmak üzere**²⁹ doğum tarihinden sonra iki yıllık süreyi geçmemek kaydıyla uzun vadeli sigorta kolları açısından sigortalı sayılmaması ve

²⁶ Bu bent kapsamındaki borçlanmaya konu sürelerin çıkışması halinde, aynı süre için bir kez borçlanmanın söz konusu olabileceği belirtilmelidir. Bkz. *Güzel/Okur/Caniklioglu*, 513; *Ocak*, SGK Hizmet Borçlanması, 44-45.

²⁷ *Ocak*, SGK Hizmet Borçlanması, 40.

²⁸ İş Kanunu’nun 74. maddesine 29.01.2016 tarihinde 6663 sayılı Kanun ile eklenen son fıkrasına göre doğum ve analık ile ilgili madde hükümleri iş sözleşmesi ile çalışan ve 4857 sayılı Kanun kapsamında olan veya olmayan her türlü işçi için de uygulama olanağı bulacaktır.

²⁹ 10.9.2014 tarihli ve 6552 sayılı Kanunun 43. maddesi ile değişmeden önce söz konusu düzenlemeden yalnızca 4/I,a’lılar yararlanabilmekteydi. Ayrıca söz konusu değişiklik ile doğum sonrası borçlanabilme sayısı 2 çocuktan 3 çocuğa çıkarılmıştır.

çocuğunun yaşaması şartlarıyla talepte bulunulan bu süreler için hizmet borçlanması söz konusu olabilir. SGK ve Yargıtay’a göre, sigorta başlangıcından önceki doğumların borçlanılabilmesi mümkün değildir³⁰. Bu nedenle sigorta başlangıcının geriye götürülmesi olanağı doğum borçlanmasında söz konusu olamamaktadır³¹. Uygulama bu şekilde sürdüğü müddetçe doğum borçlanması yalnızca eksik prim ödeme gün sayılarının tamamlanmasında ve aylığın miktarının yükseltilebilmesinde işe yaramaktadır³². Öte yandan Yargıtay sigortalılık başlangıcından sonra ve fakat 6552 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce gerçekleşen doğumların borçlanılabileceğini kabul etmektedir. Yüksek Mahkeme’ye göre, her ne kadar kural olarak her kanun, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren hukuksal sonuçlarını doğurmaya başlar ve bu tarihten sonra meydana gelen olaylara ve ilişkilere uygulanırsa da sosyal güvenlik hukukunun özel ve kamusal niteliği itibarıyla 6552 sayılı Kanun’da anılan hükümle getirilen ve 4/I,b ve 4/I,c bentleri kapsamındaki sigortalıların lehine olan doğum borçlanması imkanının Kanun’un yürürlüğünden

³⁰ Yarg. HGK, 18.05.2011, E. 2011/10-311, K. 2011/322 ve kararın incelemesi için bkz. Ocak, Saim: “Sigorta Başlangıcından Önceki Doğumlar Nedeniyle Hizmet Borçlanması (Karar Tahlili)”. **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, C: 8, S: 32, 2011, 1493 vd.; Uşan, Fatih: “Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtayın 2011 yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”. **Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011**, Kamu-İş Yayını, Ankara, 2013, 462 vd.

³¹ Şakar’a göre doğum borçlanmasını askerlik borçlanmasıyla paralel düşünmek gerekir. Askerlik borçlanmasında olduğu gibi sigortalılık öncesi doğumlar için borçlanma imkanının olmaması kadınlar aleyhine bir ayrımcılık teşkil etmektedir, Sosyal Sigortalar Uygulaması, 320-321; Aynı yönde bkz. Sözer, 502. Doğum borçlanması hakkının Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önceki doğumlara da uygulanabileceği yönünde ayrıca bkz. Uşan, 2011 Kararları, 467 vd.; Ocak, Sigorta Başlangıcından Önceki Doğumlar, 1497, 1508-1509.

³² 2014/5 sayılı SGK Genelgesine göre istisnai olarak ilk defa uzun vadeli sigorta kollarına tabi olunan tarihten önce çırak, aday çırak veya stajyer olarak tescil edilen sigortalının uzun vadeli sigortalılığının tescilinden önce yaptığı doğum için hizmet borçlanması yoluyla sigortalılık başlangıcı geri götürülebilecektir. Bkz. Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, 321.

önceki doğum olaylarına ve doğum borçlanması taleplerine de uygulanması gerekir³³.

b. Çocuğunun Bakımı İçin Kısmi Süreli Çalışmaya Geçenlerin Hizmet Borçlanması

5510 sayılı Kanun Ek 11. maddenin 2. fıkrası ile yarı zamanlı çalışmaya geçen kamu görevlilerinin primi eksik ödenen günlerinin daha sonra borçlanılabileceğini belirtmiştik³⁴. Çocuğunun bakımı için kısmi süreli çalışmaya geçebilme hakkı (6663 sayılı K. m. 21 ile)³⁵ 4857 sayılı Kanun kapsamında çalışan işçilere de tanınmıştır. Düzenlemeye göre, İş Kanununun 74 üncü maddesinde öngörülen izinlerin bitiminden sonra mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden ay başına kadar ebeveynlerden biri³⁶ kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilmektedir (İş K. m. 13/f.5). Kısmi süreli çalışanlar bakımından uzun vadeli sigorta kollarına ilişkin primler de çalışılan süreler için ödenmektedir. Dolayısıyla ay içinde 30 günden eksik kalan günlerin primleri m. 51/f.3 hükmüne göre sigortalı tarafından her ay ödenebilmektedir³⁷. Öte yandan sigortalının veya hak sahiplerinin primi eksik ödenen günleri daha sonra borçlanabilme imkanı olup olmadığı da cevaplanması gereken bir sorudur. Belirtilmelidir ki, 5510 sayılı Kanun'un 41. maddesinde 6111 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle³⁸ 13.02.2011'den sonraki süreçte 4857 sayılı Kanuna göre

³³ Yarg. 21. HD. E. 2014/6123, K. 2015/3325; Yarg. 21. HD. E. 2014/19505, K. 2015/13949. Kararın incelemesi için bkz. *Aydın*, Ufuk: “Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri”. **Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015**. Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2017, 610 vd.

³⁴ Bkz. Yukarıda III, 4.

³⁵ RG. 29.01.2016 S: 29620.

³⁶ Söz konusu hakkın anne ve baba tarafından aynı anda kullanılması mümkün değildir. Öte yandan ebeveynlerden birinin çalışmaması halinde diğer ebeveyn de bu haktan yararlanamamaktadır. Hem anne hem babanın çalışıyor olması durumunda anne veya babadan herhangi biri bu hakkı kullanabilecektir, *Ocak*, Saim: “Doğum/Evlat Edinme Nedeniyle Kısmi Süreli Çalışma Uygulaması”. **SİCİL İş Hukuku Dergisi**, S: 37, 2017, 57.

³⁷ *Ocak*, Doğum/Evlat Edinme Nedeniyle Kısmi Süreli Çalışma Uygulaması, 99.

³⁸ RG. 13.02.2011, S: 27857

kısmi süreli çalışanların, kısmi süreli çalıştıkları aylara ait eksik sürelerini borçlanabilmeleri mümkün hale gelmiştir (m. 41/f.1,i). Bu kapsamda olmak üzere kısmi süreli çalışmaya geçen ebeveynin (veya ölümü halinde hak sahibinin) primi eksik yatırılan sürelerin tamamını veya bir kısmını daha sonra borçlanabilmesi de mümkündür.

c. 3201 sayılı Kanun Uyarınca Ev Kadınlarının Yurt Dışında İkamet Edilen Süreyi Borçlanabilme İmkânı

Yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşlarının yurt dışında geçen sürelerinin sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilmesine ilişkin 3201 sayılı Kanun'da³⁹ hizmet borçlanmasının hangi şartlarla mümkün olabileceği düzenlenmiştir. Buna göre yurt dışında ikamet eden bir erkek ancak sigortalılık sürelerini ve bu süreleri arasında veya sonunda her birinde bir yıla kadar olan işsizlik sürelerini borçlanabilmekteyken yurt dışında ev kadını olarak geçirilen sürenin tamamının veya talep edilen kadarının borçlanılabilmesi mümkündür (m. 1). Burada ev kadını olarak geçen sürelerin borçlanılabilmesinde kadının medeni durumuna da bakılmaz⁴⁰. Hizmet borçlanması yapılabilecek kısım ev kadınının 18 yaşını doldurduktan sonraki süredir. Türk vatandaşlığında geçmeyen sürelerin hizmet borçlanması kapsamında değerlendirilmesi ise mümkün değildir⁴¹. 3201 sayılı Kanun'a göre hizmet borçlanmasına tabi süreler m. 4/1,b'ye statüsünde sigortalı sayılmaktadır⁴².

Ülkemizde ekonomik veya sosyal nedenlerle birçok kadın çalışma hayatının dışında kalmaktadır. Türkiye'de ikamet eden ev kadınlarının yurt dışında ikamet eden ev kadınlarına benzer şekilde sigortasız geçen

³⁹ RG. 22.05.1985, S. 18761.

⁴⁰ Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, 333; Ocak, SGK Hizmet Borçlanması, 110; Çavuş, 44.

⁴¹ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 526; Ocak, SGK Hizmet Borçlanması, 113; Çavuş, 48.

⁴² Caniklioğlu, Nurşen: "Sosyal Sigortaların Genel Hükümler ve Türleri Açısından Yargıtayın 2012 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi". **Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2012**. Kamu-İş Sendikası Yayını, Ankara, 2014, 483 vd.; Çavuş, 72.

sürelerini borçlanabilme imkanı ise maalesef bulunmamaktadır. Ev kadınlarına isteğe bağlı sigortalılık olanağı sağlayan uygulama ise primlerin yüksekliği, prim ödemede eşe bağımlı olma ve yeterli bilgi sahibi olmama gibi nedenlerle sınırlı kalmaktadır⁴³.

IV. EŞ VE KIZ ÇOCUĞU OLARAK KADINLARIN DURUMU

1. Hak Sahibi Olarak Dul Eş ve Kız Çocukları

5510 sayılı Kanuna göre hak sahipliği, sigortalının veya sürekli iş göremezlik geliri ile malûllük, vazife malûllüğü veya yaşlılık aylığı almakta olanların ölümü halinde, gelir veya aylık bağlanmasına veya toptan ödeme yapılmasına hak kazanan **eş, çocuk, ana ve baba** olarak belirlenmiştir (m. 3/f.1, 7). Önemle belirtelim ki, 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği Ekim 2008'den önce ölen sigortalıların hak sahiplerinin eski kanunlara göre aylık/gelir bağlanmaktadır⁴⁴. Bu tarihten sonra ise 5510 sayılı Kanun hükümleri uygulama alanı bulmaktadır.

Sigortalının hak sahibi olan eşinin ölüm geliri ve/veya aylığına hak kazanabilmesi için çalışıp çalışmamasına veya kendi sigortalılığından dolayı herhangi bir gelir veya aylık bağlanıp bağlanmamasının bir önemi yoktur. Bu husus ve hak sahibi bir çocuğun olup olmaması ancak ölüm geliri ve/veya aylığının oranı üzerinde etkilidir. Buna göre, dul eşe ölüm geliri ve/veya aylığının % 50'si; aylık bağlanmış çocuğu bulunmayan dul eşe ise 5510 sayılı Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (e) bentleri hariç bu Kanun kapsamında veya yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında çalışmaması veya kendi sigortalılığı nedeniyle gelir veya aylık bağlanmamış olması halinde % 75'i oranında ölüm geliri ve/veya aylığı bağlanacaktır. Eşten dolayı gelir ve/veya aylık bağlanabilmesi için sigortalının öldüğü tarihte eşler arasında resmi evlilik bulunması yeterlidir⁴⁵. Belirtelim ki, dul eş tekrar evlenirse müteveffadan dolayı

⁴³ Şakar, Müjdat: "Kadının Sosyal Güvenliği Yok!". **SİCİL İş Hukuku Dergisi**, S: 27, 2012, 185-186; Aynı yazar bkz. Sosyal Sigortalar Uygulaması, 260; Ayrıca bkz. *KEİG Platformu*, 16-18.

⁴⁴ *Tuncay/Ekmekçi*, 533; *Uğur*, 197.

⁴⁵ Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, 270; *Tuncay/Ekmekçi*, 401.

bağlanan aylık kesilir. Bu evlenme de son bulursa aylık tekrar bağlanabilir. Sonraki eşinden de aylık almaya hak kazanan dul e e tercih ettiği aylık bağlanır (m.54/f.1,a-7).

Anne veya babadan gelir ve/veya aylık bağlanabilmesi için çocuklar için ortak şart ise 5510 sayılı Kanun m. 5/f.1, (a),(b) ve (e) bentleri hariç  alı mamak veya kendi sigortalılığı nedeniyle gelir veya aylık bağlanmamasıdır. Sigortalının erkek ve kız çocukları açısından karşılaştırma yapacak olursak edimlerden yararlanma şartlarının kız çocukları lehine farklı düzenlendiği belirtilmelidir (m. 34). Şöyle ki, ölen sigortalının erkek çocuklarına yüksek öğrenim yapması (* niversite okumaları*) halinde en fazla 25 ya ına kadar gelir ve/veya aylık bağlanabilmektedir. Bu ya tan sonra gelir ve/veya aylığın kesilmemesi için erkek çocuğun malul olmayı gerektirecek kadar çalışma gücü kaybına uğramış olması gerekmektedir. Zira hak sahipliği açısından bakıldığında malul  ocuk için cinsiyet, ya , öğrencilik niteliği ve medeni durum şartları aranmamaktadır⁴⁶. Kız  ocuklar ise ancak evlenmedikleri müddetçe ya ları ne olursa olsun hak sahibi olarak gelire ve/veya aylığa hak kazanabilmektedirler. Görüldüğü üzere, kadının evlenmekle e inden ekonomik destek alacağı ve güvenceye kavu acağı varsayılmı tır⁴⁷.

Kız  ocuğun evlilik nedeniyle geliri ve/veya aylığının kesilmesinden sonra bo anması veya dul kalması halinde ise tekrar hak sahibi statüsünü kazanacaktır. Bu nedenle ülkemizde aile gelirlerini artırmak amacıyla kağıt üzerindeki bo anmalara sıklıkla rastlanmaktadır. Geçmiş dönemde yasal düzenlemedeki boşluk dolayısıyla fiilen e leriyle birlikte yaşamaya devam eden kadınların anne veya babasından ölüm aylığı almayı sürdürmeleri adeta bir ülke klasiği haline d n  m  t r⁴⁸. Ancak söz konusu durum artık

⁴⁶ Tuncay/Ekmekçi, 402.

⁴⁷  zdemir, Halil: “Yargı Kararları Işığında 5510 Sayılı Yasa’nın 56/son Maddesi Bo andığı E iyle Birlikte Ya ayanın Gelir ve Aylığının Kesilmesi İncelemesi”. **S C L İ  Hukuku Dergisi**, S: 29, 2013, 193.

⁴⁸ Düzenlemenin isabetli olduğu yönünde bkz. Centel, Tankut: “Bo andığı E iyle Birlikte Ya ayanın Aylığının Kesilmesi –Anayasa Karşısında Bir  lke Gerçeği-”. **S C L İ  Hukuku Dergisi**, S: 25, 2012, 190, 195;

büyük bir riski de beraberinde getirmektedir. Zira 5510 sayılı Kanun ile getirilen – bize göre isabetli düzenlemeyle- eşinden boşandığı halde, boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşadığı belirlenen⁴⁹ eş ve çocukların, bağlanmış olan gelir ve aylıkları kesilecek ve bu kişilere ödenmiş olan tutarlar 5510 sayılı Kanun’un 96 ncı madde hükümlerine göre geri alınacaktır (m. 56/f.son). Yüksek Mahkeme’ye göre eylemli olarak birlikte yaşamının uyuşmazlık konusu dönem için tüm açıklığı ile ortaya konabilmesi gerekir. Bunun için tanık dinlenmesi, boşanan eşlerin yerleşim yerinin araştırılması için muhtarlardan ve nüfustan ikametgah ve adres hareketlerinin sorulması, su, elektrik, telefon faturalarının kimin üstünde olduğunun belirlenmesi gerekmektedir⁵⁰. İlgili hükmün Anayasaya aykırılığı da ileri sürülmüş ancak AYM, hakkın kötüye kullanılması ile ölüm aylığı alınmasının sosyal güvenlik hakkıyla bağdaşmadığını belirterek düzenlemenin Anayasaya aykırı olmadığını –isabetli olarak- belirtmiştir⁵¹. Boşandığı eşi dışındaki kişilerle resmi nikah olmaksızın fiilen beraber yaşayanlar veya aylıkların kesileceğini bildiği için hiç evlenmeden birlikte yaşayan kişiler ise anılan hükmün kapsamı dışında kalmaktadır⁵².

5510 sayılı Kanun, evlenen kız çocuklarına bir defaya mahsus olmak üzere “evlenme ödeneği” adı altında toptan bir ödeme yapılmasını

Özdemir, 193; *Uşan*, 2011 Kararları, 484 vd.; *Caniklioğlu*, 2012 Kararları, 451 vd.; *Aydın*, 2015 Kararları, 807.

⁴⁹ Fiilen birlikte yaşamının tespitinin ne şekilde olacağı ve özel hayatın gizliliği açısından konunun değerlendirilmesi için bkz. *Centel*, 195-196; *Özdemir*, 201 vd.

⁵⁰ Yarg. 10. HD. 25.02.2014, E. 2013/24837, K. 2014/3818; Yarg. 21. HD. E. 2014/22943, K. 2015/16947.

⁵¹ AYM, 28.04.2011 tarih, E. 2009/86, K. 2011/70.

⁵² Söz konusu düzenlemenin anayasal eşitlik (m. 10), sosyal devlet (m. 2) ve özel hayata saygı (m. 20) ilkelerine ve sosyal güvenlik hakkına (m. 60) aykırı olduğuna ve boşandığı eşle birlikte yaşamının hakkın kötüye kullanılmasıyla bir ilgisinin olmadığı yönünde görüş ve eleştiri için bkz. *Tuncay/Ekmekçi*, 538; Ayrıca bkz. *Tuncay*, A. Can: “Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtayın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”. **Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013**. MESS Yayını, İstanbul, 2015, 518 vd.

da öngörmektedir (m. 37). Düzenlemeye göre, “evlenmeleri nedeniyle, gelir veya aylıklarının kesilmesi gereken kız çocuklarına evlenmeleri ve talepte bulunmaları halinde almakta oldukları aylık veya gelirlerinin iki yıllık tutarı bir defaya mahsus olmak üzere evlenme ödeneği olarak peşin ödenir. Evlenme ödeneği alan hak sahibinin aylığının kesildiği tarihten itibaren iki yıl içerisinde yeniden hak sahibi olması halinde, iki yıllık sürenin sonuna kadar gelir veya aylık bağlanmaz, bu durumda olanlar 60 ıncı maddenin birinci fıkrasının (f) bendi kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılır”. Görüldüğü gibi evlenen bir kız çocuğu talepte bulunması koşuluyla almakta olduğu aylığın (veya gelirin) iki yıllık tutarını peşin olarak alabilecektir⁵³. Söz gelimi kız çocuk, evliliğinin 15. ayında boşanırsa tekrar hak sahibi konumuna gelmesine karşın aylığının kesilmesinin üzerinden iki yılın geçmesini bekleyecek ve ancak bu tarihten sonra aylık kendisine tekrar bağlanabilecektir. Çünkü iki yıllık aylığını peşin almıştır.

Hem eşinden hem de anneden veya babadan ölüm geliri ve/veya aylığına hak kazanılıp kazanılamayacağı da cevaplanması gereken bir sorudur. 5510 sayılı Kanunun 54. maddesi, aylık ve gelirlerin birleşmesi durumunda kaç dosya üzerinden ve ne oranda kişiye ödeme yapılacağını düzenlemektedir. Buna göre, hem eşinden, hem ebeveyninden ölüm aylığına hak kazananlara, tercihiine göre eşinden ya da ebeveyninden aylık bağlanır. Benzer şekilde hem eşinden, hem de ebeveyninden ölüm geliriine hak kazananlara, tercihiine göre eşinden ya da ebeveyninden gelir bağlanır. Öte yandan aylık ve gelirler birleşirse, sigortalıya veya hak sahibine bu aylık veya gelirlerden yüksek olanın tamamı, az olanın yarısı, eşitliği halinde ise iş kazası ve meslek hastalığından bağlanan gelirin tümü, aylığın yarısı bağlanır. Örneğin bir kadının, babasından ve eşinden aynı anda ölüm aylığı alması söz konusu olamazken babasından ölüm aylığı alırken eşinin iş kazası neticesinde ölmesi halinde kendisine ölüm gelirin yarısı⁵⁴ da

⁵³ Evlenme ödeneği alan kız çocuğu, eşinden dolayı GSS kapsamında sağlık yardımlarından yararlanamıyorsa, kendisi üzerinden iki yıl boyunca sağlık yardımlarından da yararlanabilecektir. Bkz. Şakar, Kadının Sosyal Güvenliği Yok, 188.

⁵⁴ Eşten dolayı ödenecek ölüm gelirin, ebeveyninden dolayı bağlanacak ölüm aylığından daha düşük tutarda olduğu varsayımında yarısı bağlanır, daha

bağlanabilecektir. 5510 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden önce bir veya birden fazla dosyadan gelir veya aylık bağlanması durumunda, bu gelir ve aylıklar ise ödenmeye devam edilir⁵⁵. Ancak, Kanunun yürürlük tarihinden itibaren yeni bir dosyadan daha aylığa hak kazanılması durumunda, dosyaların gelir ve aylıkları karşılaştırılarak en düşük miktarlı dosya kapsamından çıkarılır⁵⁶.

2. Bakmakla Yükümlü Olunan Kişiler Olarak Eş ve Kız Çocukları

5510 sayılı Kanun bakımından hak sahipliği kavramı Kanuna göre sigortalının geride kalanlarına yapılacak parasal yardımlardan kimlerin yararlanacağını ifade ederken bakmakla yükümlü olunan kişi kavramı sağlık hizmetlerinden ayrıca bir prim ödemediği sigortalı üzerinden yararlanabilecek kişileri ifade eder.

Kanuna göre, sigortalı sayılmayan veya isteğe bağlı sigortalı olmayan, kendi sigortalılığı nedeniyle gelir veya aylık bağlanmamış olan eş; 18 yaşını, lise ve dengi öğrenim veya 5/6/1986 tarihli ve 3308 sayılı Meslekî Eğitim Kanununda belirtilen aday çıraklık ve çıraklık eğitimi ile işletmelerde meslekî eğitim görmesi halinde 20 yaşını, yüksek öğrenim görmesi halinde 25 yaşını doldurmamış ve evli olmayan çocuklar ile yaşına bakılmaksızın bu Kanuna göre malûl olduğu tespit edilen evli olmayan çocuklar ve son olarak geçiminin genel sağlık sigortalısı tarafından sağlandığı Kurumca belirlenen kriterlere göre tespit edilen ana ve baba, bakmakla yükümlü olunan kişi kavramı içindedir.

Görüldüğü gibi, ev kadını olarak tabir edilen sigortalı erkeğin çalışmayan ve kendisinden dolayı sosyal sigortalar ile ilgisi olmayan eşi, genel sağlık sigortası kapsamında sağlık yardımlarından

yüksek veya eşitlik halinde ise ölüm gelirin tamamı, ölüm aylığının yarısı bağlanacaktır.

⁵⁵ 5510 sayılı Kanun öncesi yürürlükte olan sosyal sigortalar kanunlarına göre eş ve babadan aylık bağlanıp bağlanmayacağı konusunda Yarg. 10. HD ve 21. HD arasındaki görüş farklılıkları ve ayrıntılı değerlendirme için bkz. *Aydın*, 2015 Kararları, 808 vd.

⁵⁶ *Tuncay/Ekmekçi*, 533-534

yararlanabilmektedir. Önemle belirtelim ki, eşinin işyerinde ücretsiz olarak çalışan kadınlar sigortalı sayılmadığı için⁵⁷ (5510 sy. K. m. 6/f.1,a) hak sahipliği ve bakmakla yükümlü olunan kişi statüsünü korurlar. Eşinden veya çocuklarından dolayı sağlık yardımı alamayan, diğer bir ifadeyle sigortalı olmadığı gibi bakmakla yükümlü olunan kişi statüsünde de olmayan ev kadınları ise gelir durumlarına göre primi Devlet veya kendileri tarafından ödenmek suretiyle sağlık yardımlarından yararlanabilmektedir.

Sigortalının bekar kız çocuğu ise çalışmadığı veya kendi sigortalılığı nedeniyle gelir ve aylık almadığı müddetçe yaşı ne olursa olsun hak sahibi sıfatını korurken bakmakla yükümlü olunan kişi statüsünde üniversite öğrencisi olması halinde ve bekar olması şartıyla en çok 25 yaşına kadar bakmakla yükümlü olunan kişi sayılabilecektir⁵⁸. Ancak hemen belirtelim ki, 5510 sayılı Kanunda bir geçiş hükmü de öngörülmüştür. Buna göre, 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte ilgili Kanunları (Emekli Sandığı Kanunu, Bağkur, SSK vs.) gereği bakmakla yükümlü sayılan kız çocukları mülga kanunları uyarınca bakmakla yükümlü olunan kişi sayılmaya devam eder. Şüphesiz çalışmaya başlamaları veya evlenmeleri nedeniyle durumları değişerek sigortalı ebeveyninden dolayı bakmakla yükümlü olunan kişi statüsünden çıkan kız çocuğu, durum değişikliklerinin ortadan kalkması halinde, tekrar ilgili kanunlarına göre bakmakla yükümlü olunan kişi sayılacaktır (5510 sy. K. Geçici 12. madde)⁵⁹. Görüldüğü gibi, 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten sonra doğan kız çocukları bakımından aleyhe bir düzenleme söz konusu olmuştur.

⁵⁷ KEİG Platformunun hazırladığı rapora göre evlilikte eşlerin çıkar gözetmeksizin birbirine yardımda bulunması gerekse de, işyerinin mülkiyeti çoğunlukla erkeğin elinde olduğu için (Bkz. TÜİK verileri) mülkiyet sahipliğinden kaynaklanan tüm hak ve kazanımlara da erkek sahip olmaktadır. Bu nedenle ücretsiz çalışan eşlerin de sigortalı sayılması gerekir. Bkz. *KEİG Platformu*, 14.

⁵⁸ Kız çocuklarının hak sahipliği ile bakmakla yükümlü olunan kişi olması bakımından Kanun düzenlemesinin tutarsızlık teşkil ettiği görüşü için bkz. *Güzel/Okur/Caniklioglu*, 186; *Üçışık*, Fehim: **Sosyal Güvenlik Hukuku**. Ötüken Yayınları, İstanbul, 2015, 222.

⁵⁹ *Uğur*, 201.

Bakmakla yükümlü olunan statüsündeki eş ve kız çocuğu kısmi süreli bir işte çalışmaya başlarsa ay içerisindeki primi otuz günden az bildirileceği için genel sağlık sigortası için ayrıca bir ödeme yapıp yapmayacağı sorusu da akla gelebilir. 5510 sayılı Kanun'a göre, çalıştığı için ay içerisinde primi otuz günden az bildirilenler, otuz günden eksik günleri için genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi sayılacaktır (m. 3/f.son). Diğer bir ifadeyle bu kişilerin ayrıca bir GSS primi ödemelerine gerek bulunmamaktadır⁶⁰.

V. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Başta 5510 sayılı Kanun olmak üzere sosyal güvenlik mevzuatımızda kadının korunmasına yönelik birçok pozitif ayrımcılık hükmü bulunduğu görülmektedir⁶¹. Söz konusu ayrık hükümler daha çok analık ile yaşlılık riskine ilişkin konu başlıkları altında belirginleşmektedir. Belirtilmelidir ki, 29.01.2016 tarihli ve 6663 sayılı Kanunla analığa bağlı hakların kapsamı genişletilerek çocuğun ilköğretim çağına gelinceye kadar süren kısmi çalışmaya geçiş hakkı tanınmıştır. Bunun gibi çocuğun bakımı için önceleri sadece kadınlara tanınan bir takım hakların artık ebeveynlere yönelik olarak tekrar düzenlendiği görülmektedir⁶². Kadınların işgücü piyasalarına katılımı için doğru bir adım olarak değerlendirebileceğimiz bu düzenlemeler yanında İskandinav ülkelerinde görüldüğü gibi kamusal nitelikli ve vergilerle finanse edilen destekleyici bakım hizmetlerinin yaygınlaştırılması isabetli olacaktır⁶³.

Yukarıda belirttiğimiz üzere çocuk bakımının kadının görevi olduğu düşüncesiyle geçmişte sadece kadına tanınan bir takım haklar kadının işgücü piyasasından uzaklaşmasına yol açabilmektedir. Ücretli ve ücretsiz

⁶⁰ Bu düzenlemeyle sağlanan olanaktan yalnızca 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi işçilerin değil, diğer kanunlara göre kısmi süreli işçi olarak çalışan sigortalıların da yararlanabileceği yönünde bkz. *Güzel/Okur/Caniklioglu*, 185.

⁶¹ *Şakar*, Kadının Sosyal Güvenliği Yok, 179.

⁶² Bakım sorumluluğunu erkek ve kadın arasında eşitlemeye çalışan ebeveyn izni uygulamasının geleneksel cinsiyetçi rolleri değiştirmedeği yönünde değerlendirme için bkz. *Gökbayrak*, 172.

⁶³ *Gökbayrak*, 168.

izinler ile kısmi süreli çalışmaya geçebilme gibi imkanların sadece anneye değil babaya da tanınması şüphesiz kadının istihdamına ve ailenin ihtiyaçlarına daha uygundur. Öte yandan kadın istihdamının artırılması ve fırsat eşitliğinin sağlanması için başka araçlar da düşünülmelidir. Kadın istihdamının artırılmasına yönelik olarak kadın istihdamı sağlayan özel sektör işverenlerinin prime esas kazanç üst sınırına kadarki sosyal güvenlik primi işveren paylarının İşsizlik Sigortası fonundan karşılanması uygulamasının süreklilik arz edecek şekilde kanunla düzenlenmesi isabetli olacaktır.

Soru 1:

Prof.Dr. Nurşen Caniklioğlu

Günlük süt izni hakkı olan kadının servis mağduriyetini yaşamamak için, günlük süt iznini haftalık izne çevirmek zorunluluğu var mıdır? Yok ise, servis gibi mağduriyetlerin yaşanmaması ve günlük süt izninin kullanımı nasıl gerçekleştirilir?

Cevap: Ben sunumda söylemiştim. Aslın süt izni verilmesi günlük olacak. Çocuğun beslenmesine yönelik olduğu için. Ama büyük şehirlerde hakikaten bunun bir sorun olduğunu görebiliyoruz. Erken saatlerde işyerinden çıkıyor ama yollarda helak oluyor. Normal zamanda çıksa daha rahat bir şekilde evine gidecek. O zaman süt izninin anlamı kalmamaya başlıyor. Burada yasanın amacı ile uygulama zorluğu, bir çözüm üretmeyi beraberinde getiriyor gibi düşünüyorum. Zorunluluk olduğu kanaatinde değilim. Ama ben, konuya ilişkin esnetici bir yasal düzenleme yapılmasının yararlı olacağı kanaatindeyim. Uygulamada zaten büyük şehirlerde günlük süt izni veren işveren aşağı yukarı yok diye biliyorum. Ya haftalık ya da tamamen toplu kullanım biçiminde oluyor. Bunun haftaya çevrilmesi, belki de bir miktar daha fazla zaman geçirilmesi isabetli olur kanaatindeyim. Yani bir yasal düzenleme sanki iyi olurmuş gibi görünüyor. Şuan buna imkan yok ancak.

İkinci soru: Kadın işçilerin doğum sebebiyle iş sözleşmesini feshetmesi durumunda kıdem tazminatına hak kazanamaması kadın erkek eşitliği olarak algılanmamalı. Çünkü doğurganlık kadına özgü bir durumdur. Bu

durum sebebiyle kadına özgü bir düzenleme yok mudur? İhbar sürelerine uymak zorunda mıdır?

Cevap: Tebliğimde de dile getirmeye çalışmıştım. Buna özgü kıdem tazminatına hak kazanma açısından bir özel hüküm yok. O zaman bu bir haklı sebep olarak da değil, haklı sebep, biliyorsunuz, sözleşmenin diğer tarafının sözleşmeden doğan yükümlülüğünü ağır bir biçimde ihlal etmesi halinde karşı tarafa tanınan bir hak. Şimdi doğumla işverenin bir alakası olmadığına göre, bunu haklı sebep olarak telakki etmek mümkün olmayacak. Kanuna, ancak konulacak özel bir hüküm ile kıdem tazminatına hak kazandıran bir sebep olarak düzenlenebilir. Kanunumuzda bu yönde hiçbir hüküm yok. Bunun sonucunda işçi, doğum yaptıktan sonra çalışma yaşamından ayrılmak istiyorsa ihbar süresini tanıyarak sözleşmeyi feshetmesi gerekiyor. Genel usule uyması gerekiyor diye söyleyeyim. Şunu da belirteyim, kıdem tazminatına hak kazanmak amacıyla sözleşmeyi feshetmek, ihbar süresi tanımamak anlamına da gelmez. İhbar süresi tanınması İş Kanunu'nun 17. maddesinde düzenlenmiştir. Haklı sebep yoksa ihbar süresi tanıyarak sözleşme feshedilir. Ama kanun özel olarak bu durumu kıdem tazminatına hak kazandıran bir sebep diye düzenlediyse kıdem tazminatını alır. Bu iki konuyu da birbirinden ayırt etmek gerekir diye düşünüyorum ama Yargıtay'ımız yıllardır kıdem tazminatına hak kazandıran sebeple sözleşmeyi feshediyorsa, ihbar süresi tanınmasına gerek yoktur. Derhal fesheder ertesi gün çalışma yaşamından ayrılabilir. Daha doğrusu işyerinden ayrılabilir. İsbetli bulmadığımı ifade edeyim tekrar.

Üçüncü soru: İş Hukukunda işçilere kreş imkanı tanınması hususunda bir çalışma var mı? Nasıl bir düzenlemeye gidilebilir? İşverenleri bu imkanı tanıma yönünde bir yükümlülük getirilebilir mi?

Cevap: Var aslında. İşyerlerinde 100 ve daha fazla kadın çalışan varsa, emzirme odaları; 150 ve daha fazla ise kreş imkanı tanınması gerekiyor. İşveren bunu ya bu imkanı tanıyacak ya da dışarıdaki kreşlerle anlaşma yaparak çalışanın bu hakkını yerine getirecek. Yani böyle bir yükümlülük var esasında. Hatta kreş, 250 metreden daha uzak olursa işyerine, ulaşım için özel imkanlar sağlaması gerekecek kadın işçiye, bu imkandan yararlanan kişiye. Çocuğun velayeti babaya aitse onun için de

yönetmeliğimizde özel hükümler var diye söyleyebilirim. Ama ben bunun işverene bir yükümlülük olarak yüklenmesinden ziyade Batıda örnekleri olduğu gibi belediyelerin yaygın bir biçimde özellikle kendi evine yakın çocuğun bakımının güzel bir şekilde sağlanabileceği bir sistem kurulmasının isabetli olduğunu düşünüyorum. Aksi halde çocuk sabahın köründe annesi ile serviste işyerlerine gidecek, oradan bir yerlere gidecek, servisle kreşe. Sıkıntılı bir konu, yani belediyenin bu konuda daha yaygın, ucuz ve kaliteli hizmet sunan kreşler yapması gerektiğini, belediyeçilik hizmetinin burada devreye girmesi gerektiğini düşünüyorum.

Dördüncü Soru: Döneminde 7 saatten fazla çalışma yasağı durumunda haftada üç gün dokuz saat haftada iki gün izin şeklinde birleştirilebilir mi? Bu durum, gebelik sonrasında mesai saatine eklenebilir mi?

Cevap: İzin şeklinde birleştirmeden kasıt ne tam olarak anlamadım ama konuya ilişkin Yönetmelik kadının gebelik döneminde ve doğumdan sonraki bir yıllık süreçte yedi buçuk saatten daha fazla çalıştırılması yasak. Eğer ki dokuz saat çalışıyorsa günlük, o zaman bir buçuk saat artık işverenin bir anlamda işçiyi izinli sayması söz konusu olacaktır.

Soru 1:

Dr.Öğr.Üyesi Efe Yamakoğlu

Evlat edinme durumunda annenin doğum yardımı alabilme durumu var mıdır? Amaç bebeğe, çocuğa yardım değil midir? Anne yine bebek büyütmüş oluyor, doğum zorunlu mu?

Cevap: Zorunlu değil. Ben tebliğimde de yazmıştım. Aslında burada slaytta da yazıyor, evlat edinme-doğum yazmıştım ama tam olarak ama ifade etmemiştim. Sadece doğumda değil evlat edinmelerde de söz konusu. Üç yaşından küçük çocuğu evlat edindiğiniz takdirde zorunlu ilköğretim çağının başlangıcına kadar bundan faydalanabiliyorsunuz.

2.OTURUM

Oturum Başkanı Prof.Dr.Servet Armağın

Sayın Dekan, Değerli Öğretim Üyeleri, Sevgili Öğrenciler,

Bugünkü Kadın Hakları Sempozyumu için yol sonuna ulaşıyoruz. Bu oturumumuzu da sizlerin sorularıyla güzel şekilde tamamlayalım. Sorularınızı oturum sonunda iletmek üzere birinci konuşmamıza söz hakkı veriyorum.

HUKUKA FEMİNİST YAKLAŞIM

Dr.Öğr.Üyesi Nergiz Karadağ*

Bu çalışmada öncelikle feminizm ele alınacak ve tarihsel aşamalarla ana akım feminist teoriler kısaca açıklanacaktır. Devamında kadının insan hakları konusundaki gelişmeler incelenecek ve ardından feminizmin temel eleştiri noktası olan eril egemenliğin hukuku biçimlendirmesine odaklanılacaktır. Bu çerçevede Türk hukukundan örneklerde toplumsal cinsiyet, cinsiyet eşitliği ve pozitif ayrımcılık kavramlarının hukuksal düzeyde algılanışı değerlendirilecektir.

I. Genel Olarak Feminizm: Tarihsel Aşamaları ve Farklı Feminist Teoriler

Feminizm, kadınların kendilerini baskı altına alan düzeni algılama, politik olarak tanımlama ve ona karşı mücadele yöntemleri geliştirmesi olarak tanımlanabilir¹. Feminizm erkek egemen düzenin kurumlarına, kurallarına, değerlerine karşı çıkar ve kadınların hem kamusal hem de özel alanda karşılaştıkları cinsiyetçi baskı ve sömürüye karşı mücadele eder. Bu açıdan feminizm kadın ve erkeğin sosyal, siyasi ve ekonomik alanda eşit oldukları fikriyle² bu eşitliği bozan tüm durumları ortadan kaldırmayı amaçlayan siyasi bir harekettir.

Feminist teorinin ortaya çıkışı, kadın hakları mücadelesine paralel olarak gelişmiştir³. Bu sebeple feminizmin köklerini, hak, özgürlük, eşitlik kavramlarının Batı Avrupa'dan başlayarak yaygınlaşmasında oldukça

* İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Serpil Çakır, *Feminizm: Ataerkil İktidarın Eleştirisi*, 19. Yüzyıldan 20. Yüzyıla Modern Siyasal İdeolojiler, H. Birsen Örs (der.), 3. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2009, s.416.

² Nazlı Hilal Demir, *Feminist Perspektiften Düşünce Tarihinin Köşe Taşları ve İdeal Bir Hukuk Arayışı*, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s.151.

³ Fatma İrem Çağlar Gürgey, “Feminist Hukuk Teorisi” Nedir?, *Hukuk Kuramı*, C.1, S.5, 2014, s.29.

önemli bir yere sahip olan Amerikan ve Fransız devrimlerinde bulmak mümkündür⁴. 18. yüzyıl sonlarında ortaya çıkan kadın hakları mücadelesi, *kadınların kültürel, sosyal, siyasi ve ekonomik alanda karşılaştıkları engellere, dezavantajlara karşı hakları için örgütlenmiş girişim*⁵ olarak nitelendirilir.

Feminizmin şekillenmesinde farklı dönemler etkili olmuştur. Bu dönemler, tarihsel olması dışında birbirinden farklı fikir ve pratiklere de sahiptir. Bu dönemlerde kadınlar farklı anlayışlardan, farklı kuramlardan ve ideolojilerden etkilenmişler ve bu etkilenme, kadınların hakları bağlamındaki talepleri veya amaçları doğrultusunda gerçekleştirdikleri hareketleri dolaylı veya doğrudan etkilemiştir⁶.

Birinci Dalga Feminizm olarak adlandırılan ilk aşamada, temelde “eşitlik” talebi üzerinden hareket edilmiştir. Erkeklerin sahip oldukları haklara kadınlar da sahiptir fikri ön plana çıkar. Özellikle oy hakkı, mülkiyet hakkı, eğitim hakkı, çalışma hakkı gibi hakların tanınması talebi üzerinden bir hareket başlamış ve sonuçları itibarıyla başarılı olmuştur. İkinci Dünya savaşı sonuna gelindiğinde Avrupa’nın büyük bölümünde ve ABD’de hukuksal-siyasal alanda kadın-erkek eşitliği büyük oranda sağlanmıştır⁷. Ancak söz konusu haklar kanun önünde -kağıt üstünde- elde edilmesine rağmen kadınların ikincil konumunda değişiklik/iyileşme olmamıştır. Çünkü bu ilk dönem feminizmde sadece hukukun belli konuları ve belli haklar hedef alınmış, hukuksal-siyasal ve toplumsal düzen bir bütün olarak ele alınmadığından bu düzeni belirleyen patriarka eleştirisi yapılmamıştır. Salt hukuksal eşitlik kadını özgürleştiremez, çünkü kadının özgürleşmesi ancak bunu engelleyen patriarkanın hedef alınması ve ortadan kaldırılması ile mümkün olacaktır.

⁴ Yasemin Özgün, *Feminizm, Siyaset Bilimi: Kavramlar, İdeolojiler, Disiplinler Arası İlişkiler*, Gökhan Atılğan ve E. Attila Aytekin (haz.), 3. Basım, Yordam Kitap, 2013, s.379.

⁵ Altan Heper, *Feminizm ve Hukuk, Hukuk Kuramı*, C.1, S.5, 2014, s.12.

⁶ Gün Taş, *Feminizm Üzerine Genel Bir Değerlendirme: Kavramsal Analizi, Tarihsel Süreçleri Ve Dönüşümleri*, *Akademik Hassasiyetler*, C.3, S.5, 2016, s.166.

⁷ Özgün, s.384.

Feminizm, düzenin algılanışı ve ona karşı oluşturulan politikalar ve toplum modeli tasarımı açısından kendi içinde farklılıklar gösterir⁸. Bu nedenle pek çok farklı feminizm vardır. Birinci dalga feminizm, açık biçimde liberal feminizmdir. Doğal haklar düşüncesinden gelen, kadınların siyasal-hukuksal alanda erkeklerle eşit medeni ve siyasal haklara sahip olduğu fikri üzerinden temellenir. Bu eşitliğin sağlanması konusunda klasik liberalizmin görüşüyle çelişse de, devletin pozitif yükümlülüğü vardır, bu sebeple gerektiğinde olumlu edimle müdahalede bulunacaktır. Amaç kadınların erkekler gibi oy kullanarak, okula giderek, kamu hizmetine girerek, mal-mülk edinip sözleşme yaparak kamusal alanda varlık göstermesinin sağlanmasıdır, çünkü kadın kamusal alanda sözünü dinletebildiği ölçüde özel alanda da var olabileceği düşünülür. Oysa oy hakkı, eğitim hakkı, çalışma hakkı gibi kamusal alana dahil olan haklarda kadınların eşitlik talebini karşılayan düzenlemeler yapılmış fakat özel alanda cinsiyete dayalı işbölümü ya da aile içi eşitsiz güç dağılımına dair bir gelişme-iyileşme sağlanamamıştır⁹.

Liberal feminizm tarihsel olarak uzun süre oldukça etkili olmuşsa da zamanla pek çok açıdan, özellikle kadınlar ve erkeklerin farklılıklarını, kadınlar ile erkekler arasındaki iktidar ilişkilerini dikkate almaması nedeniyle eleştirilmiştir. Bu anlayışta erkek egemen düzeni yıkmak hedeflenmediğinden liberal feminizmin devrimci yönü yoktur ve bu sebeple yaygın biçimde reformist olarak nitelendirilir¹⁰.

İkinci Dalga Feminizm 1960-70’lerde ortaya çıkmıştır¹¹. Bu dönemde egemen kültürün kadınları içine soktuğu kalıplar ve kadın kimliğinin

⁸ Çakır, s. 416.

⁹ Özgün, s.23.

¹⁰ Andrew Heywood, **Siyasi İdeolojiler**, Şeyma Akın (çev.), 5. Baskı, Ankara: Adres Yayın, 2013, s.246; Yıldız Ecevit, *Toplumsal Cinsiyet Sosyolojisine Başlangıç*, **Toplumsal Cinsiyet Sosyolojisi**, Yıldız Ecevit, Nadide Karkınar (ed.), Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayını, 2011, s.13.

¹¹ Bu dönemde ortaya çıkan yeni feminist düşüncelerin dinamiği olarak Simone De Beauvoir’ın (1908-1986) İkinci Cinsiyet (*Le Deuxième sexe*) adlı eseri gösterilir. *Bu eserin önemi “özel bir kadınlık durumu” olması üzerinden kadının konumu tartışmasıdır. “Kadın doğulmaz, kadın olunur,” sözleriyle toplumsal cinsiyet tartışmalarının önünü açarak, İkinci Dalga Feminizminin temel ideolojik ve politik yönünü çizer; bkz. Ülker*

kurgulanmasında rol oynayan toplumsal yapılar ve ilişkiler sorgulanmaya başlamıştır¹². Birinci dalga feminizm hukuksal-siyasal alanı kapsarken ikinci dalga feminizm geleneksel kadınlık rollerini sorguladığından toplumsal alanı da etkiler¹³. Sadece siyasal ve hukuksal iyileştirmelerle kadının özgürleşmesinin sağlanamayacağı anlaşıldığından 1970'lerde feminist düşünce ve pratikler giderek radikalleşmiş¹⁴, feminist hareketin mücadele alanı da, mücadele konuları ve şekli de köklü biçimde değişmiştir¹⁵. Feminist mücadele ilerledikçe kadın-erkek eşitliği talebinin ötesine geçerek, sorunların altında yatan ataerkil düzenin yıkılması mücadelesi daha öne çıkmıştır¹⁶.

İkinci dalga feminizmde Marksist feminizmin etkileri görülse de asıl olarak radikal feminizmin ağırlığı hissedilir. Bu tarihlerde artık eşitlik talebinin ötesinde, *beden, cinsellik, toplumsal cinsiyet rolleri ve işbölümü*¹⁷ üzerinde duran ve bu kavramların teorisini ve pratiğini sorgulayan/eleştiren bir bakış dikkat çeker. Radikal feminizm, doğrudan eril tahakkümü yıkmayı hedef alan ve özellikle bedene ve cinselliğe vurgu yapan bir feminist düşüncedir. Radikal feminizme göre, kadınların ezilmişlikleri toplumun temel bir sorunudur ve bu ezilmişliğin sorumlusu da eril tahakkümdür¹⁸. Radikal feministlere göre ataerkil sistem, kadınların

Yükselbaba, *Feminist Perspektiften Hukuk*, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.LXXIV, S.1, 2016, s.126.

¹² Fatmagül Berktaş, *Feminist Teoride Açılımlar*, **Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları**, Yıldız Ecevit, Nadide Karkıner (ed.), 2. Baskı, Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayını, 2013, s.7; Deniz Altınbaş, *Feminist Tartışmalarda Liberal Feminizm*, **İstanbul Üniversitesi Kadın Sorunları Araştırma ve Uygulama Merkezi Kadın Araştırmaları Dergisi**, S.9, 2006, s.22.

¹³ Deniz Altınbaş, *Feminist Tartışmalarda Liberal Feminizm*, **İstanbul Üniversitesi Kadın Sorunları Araştırma ve Uygulama Merkezi Kadın Araştırmaları Dergisi**, S.9, 2006, s.23.

¹⁴ Özgün, s.385.

¹⁵ Ayşe Ayata, Özlem Gölgelioğlu, *Siyaset ve Katılım*, **Toplumsal Cinsiyet Sosyolojisi**, Yıldız Ecevit, Nadide Karkıner (ed.), Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayını, 2011, s.67.

¹⁶ Yükselbaba, s.137.

¹⁷ Berktaş, s.6.

¹⁸ Berktaş, s.9; Ecevit, s.14. “Şurası kesinlikle kabul edilmelidir ki, cinsel devrimin savaş alanı, insan kurumlarından çok, insan bilinci içinde yer

ezilmesinin, sömürülmesinin, şiddete maruz kalmasının, değersizleştirilmesinin ve ikincilleştirilmesinin nedenidir; bu yüzden ataerkil sistemi koruyan ve devamlılığını sağlayan tek tek kurumlarla değil, sistemin bütünü hedef alınmalıdır¹⁹. Dönemin *kişisel olan politiktir*²⁰ sloganı, yalnızca kamusal alanda değil, özel alanda ve cinsiyete dayalı işbölümünde de dönüşüm isteğini dile getirir.

Radikal feministler, kadın bedenini kuramlarının merkezine yerleştirirler; üreme yetisi üzerinde sistemli bir biçimde düşünerek cinselliği, doğurganlığı, anneliği, çocuk bakımını vb. politik alanın içine dahil ederek “özel-kişisel olanın politik olduğunu” savunurlar²¹. Cinsellikle *doğurganlığın birbirinden ayrılması, kürtaj, doğum kontrolü, cinsel taciz/tecavüz, kadına yönelik şiddet gibi konuların tartışılması ile kadının kendi bedeni üzerinde söz sahibi olma isteği ve toplumsal cinsiyetle çizilmiş kalıp yargıları kırma çabası bu dönemde öne çıkmıştır*²². Kadınların ortak mücadele ve dayanışmasını ifade eden *kız kardeşlik*²³

almaktadır. Ataerkillik öylesine kök salmış bir düzendir ki, her iki cinsten yarattığı kişilik yapısı, bir politik sistem olmaktan öte, bir düşünce ve yaşam tarzı durumundadır.”; bkz. Kate Millett, Cinsel Politika, Seçkin Selvi (çev.), 2. Baskı, İstanbul: Payel Yayınevi, 1987, s.109.

¹⁹ Yükselbaba, s.132.

²⁰ Berktaş, *Feminist Teoride Açılımlar, Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları*, Yıldız Ecevit, Nadide Karkıner (ed.), 2. Baskı, Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayını, 2013, s.6.

²¹ Berktaş, s.96.

²² Yükselbaba, s.126.

²³ Berktaş “kız kardeşlik” düşüncesi için şöyle yazmıştır: “..hiyerarşi ilkesine de bir meydan okumayı ifade etmekteydi. Bu düşünceye göre, ataerkil bir toplumda erkek egemenliği, yapısal bir “böl ve yönet” politikasıyla güvence altına alınır. Kadınlar, cinsiyetçi çekirdek aile içine hapsedilerek ve hiyerarşik eril yapının genel ilkesine bağımlı kılınarak hem birbirlerinden kopararak bölünürler, hem de kadın olarak ortak ezilmişliklerine ilişkin kolektif bir bilinç kazanmaktan uzak tutulurlar. Bu durumun üstesinden gelebilmek için yaşadıkları ortak deneyimleri ve erkek egemen düzene karşı duydukları hoşnutsuzluğu paylaşmaları gerekir. Nitekim dönemin özelliği olan “kız kardeşlik güçlüdür” sloganı, bu iki noktayı da içermekteydi. Kız kardeşlik kavramı, kişisel deneyimin değerinin ve statüsünün bir yeniden tanımlanmasını içerir. Kişisel olan, siyasal olana dönüşür; yani kadınların ezilmesi olgusunun, özel deneyimlerin anlatılması aracılığıyla çözümlenebileceği düşünülür. Erkek egemen kültürde, özel

kavramı da yine bu dönemde oluşmuştur. Radikal feministler, feminist teoriler arasında cinsel yönelim veya ırk ayrımcılığına uğrayan diğer dezavantajlı kadınları da kapsayan, adaletsizliğe ve ırkçılığa karşı mücadele eden tek teorinin radikal feminizm olduğunu ileri sürerler²⁴.

İkinci dalga feminizm aynı zamanda feminist ideolojinin farklılaştığı/çeşitlendiği dönemdir. Sınıfsal farklılığa vurgu yapan Marksist feminizm bu çeşitliliğe örnektir. Kadınlar üzerindeki tahakkümün ana kaynağının ataerkil yapı mı, kapitalizm mi yoksa her ikisi birden mi olduğu konusunda bu dönemde farklı feminist teoriler ileri sürülmüştür.

Marksist feminizm, temelde Marx ve Engels'in düşüncelerinden esinlenmiştir²⁵. Sınıf ayrımının fırsat eşitliğine aykırı olduğu ve cinsiyetler arası kağıt üstündeki eşitliğin gerçek anlamda toplumsal ve ekonomik eşitliği sağlamadığını ileri sürerler. Marksist feminist düşünceye göre kadının ezilmesine ve emeğinin sömürülmesine neden olan asıl sorun kapitalizmdir. Kadının özgürleşmesi için ekonomik sistemin yeniden düzenlenmesi gerekir. Engels'e göre, ilkel toplumlar da ev içindeki üretim araçları kadınların, ev dışındakiler ise erkeklerin kontrolünde olduğundan cinsiyete dayalı bir işbölümü olsa da cinsiyet uyumsuzluğu yoktur²⁶. Ancak daha sonra üretim (büyükbaş hayvancılık, madencilik, dokuma vb. alanlarda), ev dışında erkek egemenliğinde yoğunlaşmış, bundan ötürü üretim fazlası ve özel mülkiyet üzerinde hak sahibi olan erkek, kadın üzerinde ekonomik bir güç elde etmiştir²⁷. Kapitalist sistemin gelişme sürecinde, kadının ev içine hapsedilerek ev içi işleri ve çocuk bakımını

yaşam ile kamusal yaşam arasındaki bölünme ve erkeğin kamusal olan ile kadının ise özel ve kişisel olan ile özdeşleştirilmesi yoluyla, kişisel olan alçaltılır. İşte bu yüzden, kendi kişisel deneyimleri ile başka kadınların kişisel deneyimleri arasındaki benzerlikleri keşfetmek ve yaşamlarının bu yönlerini kamusal (siyasal) bakımdan önemli bir duruma yükseltmek, kadınlar açısından siyasal bir eylemdir ve dönemin "kişisel olan politiktir" sloganının çıkış noktası budur.", bkz. Berktaş, s.6.

²⁴ Murat Yüksel, **Feminist Hukuk Kuramı ve Feminist Düşünce Teorileri**, İstanbul: Beta Yayınları, 2003, s.112.

²⁵ Altan Yörük, *Feminizm/ler, Sosyoloji Notları*, S.7, 2009, s.67.

²⁶ Dilek İmançer, *Feminizm ve Yeni Yönelimleri*, **Doğu Batı Düşünce Dergisi, Yeni Düşünce Hareketleri**, Yıl: 5, S.19, 2002, s.155.

²⁷ İmançer, s.155.

üstlenmesi, erkeğin ise ücretli işe girmesi yeni iktidar ilişkilerinin ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır²⁸. Ev içi emeği sömürülen kadın hem mülkiyetin konusudur, hem de mülkiyetin sürekliliğini sağlayacak bir araçtır²⁹. Engels'e göre eşitlik, ancak kadınların üretime geniş ölçekte katılmaları ve ev içindeki görevleri önemsiz hale getirdiklerinde mümkün olacaktır³⁰.

Marksist feminizm, kadınların ezilmesini sınıf ezilmesinin farklı bir yönü olarak algılayıp kadın-erkek ilişkilerine önem vermemesi noktasında eleştirilir³¹. Marksizme göre toplumsal cinsiyet hiyerarşisinin ve patriarkanın değil bunlara yol açtığı için daha temeldeki bir problem olarak görülen kapitalizmin ve sınıflı toplum yapısının ortadan kaldırılması için mücadele gerekir.

1960'lı yıllara gelindiğinde radikal feminizm ile birlikte marksist feminizmin bir devamı niteliğinde görülen, bu nedenle yeni dalga marksist feminizm olarak da adlandırılan³² sosyalist feminizm akımının etkileri görülmektedir. Sosyalist feminizm, radikal feministlerin marksizme karşı tepkilerinden³³ esinlenerek ortaya çıkmıştır³⁴. Bu açıdan sosyal

²⁸ Özlem Özdemir, *İki Sistemli Kuram Olarak Sosyalist Feminizm, Karadeniz Sosyal Bilimler Dergisi*, Y.9, C.9, S.2, 2017, s.400.

²⁹ Yükselbaba, s.134.

³⁰ İmançer, s.155- 156.

³¹ Demir, s.214.

³² *Gerçekte çağdaş "Marksist feminizm" in artık katışıksız bir Marksizmden çok, (temelde) radikal feminizm tarafından değiştirilmiş bir Marksizmi temsil ettiğine işaret etmek için "sosyalist feminizm" diye adlandırılması daha uygun olur; bkz. Josephine Donovan, Feminist Teori, Aksu Bora, Meltem Ağduk Gevrek. Fevziye Sayılan (çev.), İstanbul: İletişim Yayınları, 2001, s.130. MacKinnon'a göre, liberal feminizmin kadınlara uygulanan liberalizm olması gibi, sosyalist feminizm de çoğunlukla geleneksel Marksizm'e -genellikle Engels'in- kadınlara uygulanmış şekline dönüşür. Radikal feminizm ise feminizmdir. Radikal feminizm, yani su katılmamış feminizm, yöntemsel açıdan post-Marksisttir.*, bkz. Catharine A. MacKinnon, **Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru**, Türkan Yöney ve Sabir Yücesoy (çev.), 2. Baskı, İstanbul: Metis Yayınları, 2015, s.140.

³³ Heidi Hartmann, **Marksizm'le Feminizm'in Mutsuz Evliliği**, Gülşad Aygen (çev.), İstanbul: Agora Kitaplığı, 2006.

³⁴ Caroline Ramazanoğlu, **Feminizm ve Ezilmenin Çelişkileri**, Mevkure Bayatlı (çev.), İstanbul: Pencere Yayınları, 1998, s.33.

feminizmin, radikal feminizm tarafından değiştirilmiş bir marksist feminizm olduğu söylenebilir³⁵. Sosyalist feminizm, radikal feminizmden farklı olarak, kadının konumunu açıklamak için yalnızca cinsiyet üzerine odaklanmaz, kadınların sınıfsal ve ekonomik koşullarını da çözümlemelerine dâhil eder³⁶.

1990'lara gelindiğinde, post-modern yaklaşımların da etkisiyle, toplumsal cinsiyet ve iktidar ilişkileri bağlamında tartışmaların yürütüldüğü Üçüncü Dalga Feminizm ortaya çıkmıştır³⁷. 1960'ların feminist düşüncesinde “kadın” olma durumu, ırksal, sınıfsal, kültürel farklılıklar ve eşitsizlikleri dikkate almayan, evrenselci ve bütüncül bir yaklaşımla, kadınların erkeklerinkinden farkı çıkarılara sahip olduğu, erkeğin kadın üzerinde egemenlik kurduğu ve bu egemenlikten yararlandığı düşüncesi vardı³⁸. Buna karşılık Üçüncü Dalga Feminizmde ırk, cinsel yönelim, sınıf ayrımı, etnik ve kültürel kimlik gibi unsurlar ile cinsiyet arasındaki kesişmeleri de dikkate alan ve bu bağlamda baskın ve beyaz kadın merkezli feminist yaklaşımları eleştiren bir anlayış gelişmiştir: *Feminizm artık ortalama beyaz kadının sorunları olarak değil, farklı kimliklerin farklılığının ifade edildiği, yöntem olarak da her kadının kendisini hikayesiyle anlattığı bir teori ve pratiğe dönüşmüştür*³⁹.

II. Hukukun Erillliği: Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet İlişkisi

Feminizm ve farklı feminist yaklaşımlar, sosyal bilimlerin tüm alanlarında etkili olmuştur. Bu açıdan hukuk da feminizmin etkilediği bir alandır. Hukuka feminist yaklaşımın odağı, hukukla cinsiyet arasındaki ilişkidir. Yukarıda da açıklandığı gibi, yaklaşım farklılıkları nedeniyle farklı feminizmlerden bahsedildiği gibi, birden fazla feminist hukuk kuramından bahsetmek de mümkündür. Bununla birlikte bütün feminist hukuk

³⁵ Yörük, s.67.

³⁶ Özdemir, s.399.

³⁷ Yasemin Işıktaç ve Umut Koloş, **Hukuk Sosyolojisi**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2015, s.125.

³⁸ Berktaş, s.8.

³⁹ Yükselbaba, s.127.

kuramlarının odak noktası eşitlik sorunudur ki aradaki fark da genellikle eşitlik kavramına yüklenen anlamdan (aynılık- farklılık tartışmasından) kaynaklanmaktadır. Ancak son tahlilde, tüm feminist yaklaşımlar ataerkilliğin reddi konusunda birleşir⁴⁰.

Toplumsal yapı, cinsiyetler arası hiyerarşik bir yapılanmadır ve bu açıdan erkek egemendir. Bu toplumsal yapının bir ürünü olarak hukuk da erildir. Hukuk, toplumdan, onun değer yargılarından soyut değildir. Bu nedenle toplumun bütününe sinmiş ataerkil bakış açısı ve bunun pratik yansımalarını hukukta bulmak mümkündür. Hukuk bir toplumdaki tüm iktidar ilişkilerinde etkili olduğu gibi toplumsal cinsiyet üzerinde de etkilidir. Diğer bir ifadeyle, toplumsal cinsiyet hiyerarşisinin üretiminde hukukun da etkisi vardır. Çünkü insan ilişkilerine dair kurallar ve onların uygulanması erkek perspektifini yansıtır⁴¹. Diğer bir anlatımla, ataerkil bir toplum yapısının ürünü olarak hukuk, erkek bakış açısını taşır: *Hukuk erkeklere atfedilen rasyonellik, evrensellik, objektiflik değerlerini temel aldığından, cinsiyet eşitsizlikleri hukuk tarafından sürekli yeniden üretilir. Hukukun eril olması sadece hukuk kurallarının eril olması demek değildir, aynı zamanda kural koyma sürecinin de kadını dışlar nitelikte olmasıdır. Diğer bir ifadeyle sistemin bütünü erkek egemenliği üzerinden işler.*⁴²

Eril egemenlik, yaşamın tüm alanlarında kadını ve erkeklik kabullerinin dışında gördüğü LGBTİ bireyleri ikincilleştirmiştir. Siyasal alanda, ekonomik alanda, aile içinde ve hatta cinsel ilişkilerde erkeklik egemendir. Feminist hukuksa tüm bu alanlarda gerçek eşitliği savunan bir hukuk düşüncesidir. Feminizmin amacı cinsiyetçi sömürü ve baskıyı sona erdirmektir. Ancak bu hukuken nasıl mümkün olabilir? Cinsiyetler açısından ideal bir hukuk düzenine nasıl ulaşılabilir?

⁴⁰ Murat Yüksel, *Feminist Hukuk Görüşlerinin Analizi*, HFSA 14. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, 2005, s.64.

⁴¹ Uygur Gülriz, Ataerkilliğin Hukuka Dayatması, Radikal Gazetesi-Radikal İki, 3 Şubat 2008, <http://www.radikal.com.tr/radikal2/ataerkilligin-hukuka-dayatmasi-875875/> (erişim: 19.9.2019)

⁴² Yükselbaba, s.133.

Bunun için öncelikle “cinsiyet eşitliği” konusu üzerine düşünmek gerekir. Cinsiyet eşitsizliği doğal-biyolojik kaynaklı değildir⁴³, bunun aksini düşünmek bizi, erkeklerin doğuştan üstün olduğu gibi yanlış ve anlamsız bir sonuca götürür. Bu eşitsizlik ancak sosyo-politik kaynakları ile açıklanabilir. Toplumsal cinsiyet, biyolojik cinsiyetten farklı olarak, kadınla erkeğin sosyal ve kültürel açıdan tanımlanmasını, toplumların bu iki cinsi birbirinden ayırt etme biçimini, onlara verdiği toplumsal rolleri anlatmak için kullanılan bir kavramdır⁴⁴. Bu açıdan toplumsal cinsiyet, tarihsel-toplumsal ve kültürel olarak kurulan cinsiyettir. Toplumsal cinsiyet kavramı, içinde, cinsiyet eşitsizliğine karşı mücadele, eşitsiz sistemin doğal, tanrısal, biyolojik kökenli olduğunun reddedilmesi ve kadınlık ile erkekliğin toplumsal iktidar ilişkileri yoluyla kurulduğuna yönelik yargılar taşır⁴⁵. Toplumsal cinsiyet hiyerarşisi içinde devletin ve onun hukuk düzeninin rolü büyüktür.

Devlet, erkek egemenliğini yansıtmaları ve kurumsallaştırması anlamında ataerkil bir kurumdur. Ataerkil sistem bir iktidar sistemidir ve kadın/erkek arasındaki biyolojik farklılıkların erkek lehine kültürel olarak biçimlendirilmesini getirmiştir⁴⁶. Erkekler iktidarı kontrol etmekte ve kendi çıkarlarına göre bu iktidarı kullanmaktadırlar. Bu yaklaşım çerçevesinde devlet politikaları, kadının bağımlılığını ve ikincil konumunu sürdürecektir şekilde oluşturulmaktadır. Devlet, evlenme, cinsellik, annelik, istihdam gibi konularda kadın bedeni üzerine hukuksal normlar üreterek egemen kültürel pratiğinin kendini yenilemesini sağlar⁴⁷.

⁴³ Evelyn Reed’in antropolojik incelemelere dayanan şu eserleri, özellikle kadın karşıtı evrimsel görüşleri çürütmesi açısından değerlidir: **Kadının Evrimi: Anaerkil Klandan Ataerkil Aileye**, Cilt 1(1982), Cilt 2 (1983), Şemsa Yeğin (çev.), İstanbul: Payel Yayınları; **Kadın Özgürlüğünün Sorunları**, Zeynep Saraçoğlu (çev.), İstanbul: Yazın Yayıncılık, 1985; **Bilim ve Cinsiyet Ayrımı**, Şemsa Yeğin (çev.), İstanbul: Payel Yayınları, 2003.

⁴⁴ Ecevit, s.4.

⁴⁵ Fatmagül Berktaş, **Tek Tanrılı Dinler Karşısında Kadın**, 5. Basım, İstanbul: Metis Yayınları, 2014, s.16.

⁴⁶ Yükselbaba, s.132.

⁴⁷ Yükselbaba, s.135-136.

Hukuk, toplumsal yapıya muhalif pek çok ideoloji için olduğu gibi feminizm için de, birbiri ile uyumsuz iki yönüyle var olan ve bu sebeple analizi zor olan bir kurumdur. Hukuk, erkek egemen yapının ortadan kaldırılması ve kadının özgürleşmesi için bir engel midir, yoksa bunu sağlamada kullanılacak bir çözüm aracı mıdır? Hukukun devrimci etkileriyle konservatif yanını kıyasladığımızda açık biçimde ikinci özelliğinin öne çıktığını düşünürsek bu soruya cevap kolaydır: hukuk, (erkek) egemenin bir iktidar aracı olarak, cinsiyetler arası hiyerarşiyi pekiştiren, sağlamlaştıran bir araçtır; hukuk düzeni eril bir düzendir. Feminist hukuk ise, hukukun devrimci yönü ile erkek egemenliği sona erdirip kadınların özgürleşmesini sağlayacak bir hukuksal yaklaşım ortaya koyma amacındadır.

Hukuk teorisi bir norma hukukilik niteliği kazandıranın ne olduğuna verilen cevaptır⁴⁸. Herhangi bir teoriyi özellikle feminist yapansa, kadın deneyiminden, gerçekliğe ilişkin baskın erkek algısına ters bir bakış açısıyla türetilmiş olmasıdır⁴⁹. Bu açıdan feminist yaklaşım hukukun temel varsayımlarının sorgulanmasını sağlar ve özel olarak kadınları ilgilendiren konuları ön plana alır. Hukuk düzeninin, kadının farklılıklara dayalı ihtiyaçlarını ve kişisel özgürlüklerini de düzenlemesi gerekir⁵⁰. Ataerkil egemenlik devam ettiği sürece tam anlamıyla bir feminist hukuk gerçekleştirilemez belki, ancak eril hukukun feminist bir bakışla eleştirilmesi mümkündür⁵¹.

Feminist hukuk teorisinin iki temel ögesi vardır⁵²: birincisi, toplumsal cinsiyet ve hukuk ilişkisi bağlamında sorunların ortaya konması; ikincisi, bu sorunlara yönelik hukuksal reformun gerçekleştirilmesi (yani medeni hukuk, iş hukuku, ceza hukuku gibi uygulama alanlarına bu bakışın yerleşmesi). Buna uygun hukuk, bir yanda ataerkil yapının bir parçası

⁴⁸ Oktay Uygun, **Hukuk Teorileri**, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s.1.

⁴⁹ Patricia A. Cain, *Feminist Jurisprudence: Grounding the Theories*, **Berkeley Women's Law Journal**, Vol.4. Issue 2, 1989, s.191.

⁵⁰ Adnan Güriz, **Feminizm Postmodernizm ve Hukuk**, Ankara: Phoenix Yayınları, 2. Baskı, 2011, s.148.

⁵¹ Cain, s.193-194.

⁵² D. Kelly Weisberg, *Feminist Legal Theory: Foundations*, Temple University Press, 1993, s.XVII-XVIII aktaran: Arat, s.56.

teorik boyutuyla ve eleştirel bir yaklaşımla ele alınır, diğer yanda ise pratik/maddi boyutu ile ele alınarak cinsiyetçi hukuk kuralları ve yargı kararları bu feminist yaklaşımla analiz edilir. Teori ve pratik birliğini sağlandığından feminist yaklaşımlar herhangi bir sorunu ele aldıklarında amaç sadece bunu incelemek değil, aynı zamanda mevcut durumu değiştirmektir⁵³.

Toplumsal cinsiyet problemleri, genel olarak hukukla ilgili teorik tartışmaların konusu olması yanında ceza hukuku ya da medeni hukuk gibi hukukun belirli alanlarında da somut biçimde kendini gösterir. Özellikle ceza hukukunda cinsel saldırı, tecavüz konularında, medeni hukukta ise evlilik, boşanma, velayet, mülkiyet gibi konularda, erkeklerin kadınların konumunu belirledikleri söylenebilir⁵⁴. Türkiye bakımından özellikle eski medeni kanun ve eski ceza kanununda bu tarz düzenlemelere yer verildiği, günümüzde ise bu düzenlemelerin hukuk sistemimizden giderek ayıklanmaya başlandığı görülür⁵⁵. Elbette bu durum feminizmin başarısıdır, ancak feminist hukuk teorisi bakımından tekil iyileşmeler yeterli değildir.

Yasa koyucu, yani egemen irade erkektir. Hukuk kuralları erkekler tarafından erkeklerin çıkarlarına göre yapılmıştır. Hukuk sadece görünürde cinsiyetsiz ve tarafsızdır. Ancak aslında cinsiyet körüdür; kadının yaşam deneyimleri hesaba katılmaz, hukuk erkek deneyimlerine göre biçimlenir. Hukukun cinsiyet körü olması, sadece kadınlar ile erkekler arasındaki biçimsel eşitlik esasına dayanmasından ibaret değildir. Hukuk, kadınları erkeklere tabi kılan güç ilişkilerini görmezden gelebilir, mesela o konuda bir düzenleme yapmaz. Nitekim feminist yaklaşımın hukuka yönelik en açık eleştirisi, hukukun kadınları yok saydığı, onların tecrübelerine,

⁵³ Yükselbaba, s.124.

⁵⁴ Kathleen, E. Mahoney, *Obscenity, Morals and the Law: A Feminist Critique*, **Ottawa Law Review**, 1984, s.33; aktaran: Uygur, *Ataerkilliğin Hukuka Dayatması*, **Radikal Gazetesi-Radikal İki**, 3 Şubat 2008, <http://www.radikal.com.tr/radikal2/ataerkilligin-hukuka-dayatmasi-875875/> (erişim: 19.9.2019)

⁵⁵ Uygur, *Ataerkilliğin Hukuka Dayatması*, **Radikal Gazetesi -Radikal İki**, 3 Şubat 2008, <http://www.radikal.com.tr/radikal2/ataerkilligin-hukuka-dayatmasi-875875/> (erişim: 19.9.2019)

özelliklerine, perspektifine kayıtsız kaldığıdır⁵⁶. Bu sebeple hukuka feminist yaklaşım, hukuk kurallarının kadın deneyimlerine, ihtiyaçlarına ve yararına düzenlenmesi/yorumlanması ve uygulanması anlamına gelir.

III. Türkiye’de Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık

A. Anayasa’da Eşitlik İlkesi

Anayasa’nın 10 maddesinde⁵⁷ eşitlik ilkesi düzenlenmiş ve ayrımcılık yasaklanmıştır⁵⁸. Maddenin ilk fıkrasında “cinsiyet” kelimesi kullanılarak cinsiyet temelli ayrımcı muameleler yasaklanmış, 2004 yılında eklenen ikinci fıkrada ise kadın-erkek eşitliği vurgulanarak, bu eşitliği hayata geçirmek için devlet yükümlülük altına sokulmuştur. Böylece “pozitif ayrımcılık” da denen olumlu edim, anayasal dayanağa kavuşmuştur.

⁵⁶ Foljanty Lena, Lembke Ulrike (Hrsg.), Feministische Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 2012; aktaran: Heper, s.14.

⁵⁷ Kanun önünde eşitlik Madde 10 – “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

(Ek fıkra: 7/5/2004-5170/1 md.) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. (Ek cümle: 7/5/2010-5982/1 md.) Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

(Ek fıkra: 7/5/2010-5982/1 md.) Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde (...)kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.”

⁵⁸ Madde başlığında ve 1. fıkrada ifade olarak “kanun önünde eşitlik” kullanılsa da doktrinde, bunun aynı zamanda çeşitli sebeplerle yapılacak ayrımcılığı da yasakladığı, dolayısıyla AİHS’nin 14. maddesine benzer biçimde ayrımcılık yasağı da içerdiği kabul edilir, bkz. Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasası’na Göre Türk Anayasa Hukuku**, İstanbul: Beta Yayınları, 2006, s.107; Bertil Emrah Oder, *Anayasa’da Kadın Sorunsalı: Norm, İctihat ve Hukuk Politikası*, **Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları: Eşitsizlikler, Mücadeleler, Kazanımlar**, Bertil Emrah Oder, Deniz Yüksek, Fatoş Gökşen, Hülya Durudoğan (der.), 3. Baskı, İstanbul: Koç Üniversitesi Yayınları, 2018, s.208.

Özbudun eşitlik kavramını iki biçimde açıklar: şekli hukuki eşitlik – maddi hukuki eşitlik⁵⁹. Şekli eşitlik, kanunların herkese eşit olarak uygulanmasıdır, bu halde bireylerin kişisel/özel durumlarına bakılmaz. Maddi eşitlik ise herkese değil, aynı durumda bulunanlara aynı muamelenin yapılmasıdır. Gerek biyolojik gerek kültürel farklılıklar insanları farklılaştırır ve bu farklılıklar farklı muameleleri gerektirir. Anayasa Mahkemesi de bu ayrıma katılır⁶⁰:

“Anayasa’nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmemektedir. Durum ve konumlarındaki özellikler kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerekli kılabilir. Kadının toplum ve aile yaşamında üstlendiği sorumluluk, görev ve paylaşım gibi toplumsal gerçekler kadın çalışanlar yararına değişik kural ve uygulamaları gerekli kılabileceğinden, kadın çalışanların durum ve konumlarındaki özellikleri gözetilerek getirilmiş bulunan kural Anayasa’nın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır.”

Eşitliğin bu iki farklı biçimi uzlaşmazlık içindedir: Şekli anlamda eşitliğin düzenlenmesi ve hatta sağlanması maddi anlamda eşitliğin gerçekleşmesi anlamına gelmediği gibi, maddi anlamda eşitliğin sağlanmasına yönelik yapılacak düzenleme ve uygulamalar şekli eşitlik ilkesine aykırı olabilecektir⁶¹. Pozitif ayrımcılık, bu çatışmayı engellemek için geliştirilmiş bir hukuki kavramdır. Örneğin kadın kotası uygulaması şeklindeki pozitif ayrımcılık, şekli eşitliğe aykırıdır, ancak maddi eşitliği sağlar. Pozitif ayrımcılıkla, maddi eşitliğin sağlanması için şekli eşitlikten

⁵⁹ Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara: Yetkin Basımevi, 2013, s.153. Gözler, şekli hukuki eşitlik yerine mutlak eşitlik, maddi hukuki eşitlik yerine nispi eşitlik ifadelerini kullanır, bkz. Kemal Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2013, s.99.

⁶⁰ AYM, E.2006/156, K.2008/125, 19.6.2008. Eşitlik kavramı ile ilgili benzer AYM kararları: AYM, E.2015/10, K.2015/93, 22.10.2015; AYM, E.2011/51, K.2012/32, 1.3.2012; AYM, E.2014/71, K.2014/200, 25.12.2014; AYM, E. 2010/119, K.2011/165, 8.12.2011.

⁶¹ Sever, *Anayasa Mahkemesi’nin Kadın-Erkek Eşitliği Yaklaşımına Bir Eleştiri*, s.40.

feragat edilir ve iki eşitlik türü arasında maddi eşitlik lehine bir dengeleme yapılır⁶².

B. Ayrımcılık

Eşitlik kavramı, feminist yaklaşımların⁶³ odak noktasıdır. Şekli eşitliği talep eden liberal görüşü dışarıda bırakırsak diğer tüm feminist yaklaşımlara göre gerçek anlamda eşitlik için sadece hakların değil, koşulların da eşitlenmesi gerekir. Kanun koymada ideal görülen eşitlikçi yaklaşım, gerçekte kadının zorlu konumunu ortadan kaldırmakta yetersizdir. Çünkü kadın ve erkek aynı haklara sahip olsalar dahi bu haklardan yararlanmada aynı değillerdir. Özel alanda (ev-aile içinde) kadınlar, yerleşik davranışlar, politikalar ve anlayışlar sonucu erkekten aşağı konumda bırakılır. Kadın ve erkeğin şartlarını eşitlemek ve toplumsal cinsiyet hiyerarşisinin yol açtığı dezavantajı ortadan kaldırmak için kadınlara onların gereksinimlerine uygun koşullar sağlamak gerekir.

Eşitlik ilkesinin bir istisnası ya da *özel bir görünümü*⁶⁴ olarak kabul edilen pozitif ayrımcılık, paradoksal biçimde, feminist yaklaşımlar açısından sorunlu bir kavramdır. Kavram, bir toplumda dezavantajlı konumdaki insan gruplarının lehine geliştirilen politika, strateji, yöntem ve uygulamaların bütününe denk gelir⁶⁵. Örneğin Anayasanın 10 maddesinde kadınlar dışında “çocuk, yaşlı, engelli bireyler ya da şehit yakınları ve gaziler” de sayılarak pozitif ayrımcılık uygulamalarının kapsamı

⁶² Sever, *Anayasa Mahkemesi'nin Kadın-Erkek Eşitliği Yaklaşımına Bir Eleştiri*, s.40.

⁶³ Eşitlik kavramına yaklaşım bakımından feminist fikirler birbirinden farklılaşır: “Eşitliğe ilişkin yaklaşımlar, liberal eşitlik, biyolojik farklılık doğrultusunda farklı muamele eşitliği, kültürel farkların gözetildiği farklı muamele eşitliği, radikal eşitlik olmak üzere sınıflandırılabilir.”, bkz. D. Çiğdem Sever, *Anayasa Mahkemesi'nin Kadın-Erkek Eşitliği Yaklaşımına Bir Eleştiri*, **Toplumsal Cinsiyet ve Yansımaları**, Lerzan Güntekin vd. (der.), Ankara: Atılım Üniversitesi Yayınları, 2013, s.36.

⁶⁴ Kasım Akbaş ve İlker Gökhan Şen, *Türkiye’de Kadına Yönelik Pozitif Ayrımcılık: Kavram, Uygulama ve Toplumsal Algılar*, **Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Hukuk Fakültesi 20. Yıl Özel Sayısı**, 2013, s.168.

⁶⁵ Akbaş ve Şen, s.167.

genişletilmiş ve 2010 yılından eklenen cümle ile bu dezavantajlı gruplara için yapılacak muamelelerin eşitlik ilkesine aykırı olmayacağı belirtilmiştir. Bu maddede sayılan kişilerin dezavantajı, onların diğerlerine göre zayıf olup korunmaya muhtaç olmalarından kaynaklanır. Oysa kadınlar cinsiyetlerinden ötürü zayıf ve korunmaya muhtaç değillerdir. O halde neden kadınlara pozitif ayrımcılık yapılsın?

Kadınlar tarih boyu erkek egemen yapılar tarafından yaşamın her alanında ayrımcılığa uğramışlardır. İşte pozitif ayrımcılık, siyasal tutum veya toplumsal yargılar nedeniyle dezavantajlı konumda⁶⁶ bırakılmış olan kadınlara artık ayrıcalıklı muamele edilerek cinsiyetler arasında denklik sağlamak ve bir anlamda da geçmişteki ayrımcı muamelelerin yarattığı olumsuzluğu telafi etmek için yapılacaktır. Ayrımcılık nedeniyle kadınların olanakları öylesine sınırlamıştır ki şimdi yalnızca ayrımcılığı ortadan kaldırmak yeterli gelmeyecektir, bu zamana kadar yapılanlar için de bu türlü bir telafi, toplumsal adaletin geređidir⁶⁷.

⁶⁶ Bu noktada kadınların (ve LGBTİ bireyleri de dahil edebiliriz) konumunu diğer dezavantajlı gruplardan ayırmak için “pozitif eylem” ile “pozitif ayrımcılık” arasındaki farka dikkat çekilebilir: “Bu doğrultuda pozitif eylem, toplumdaki zayıf ve korunmaya muhtaç kişi ve gruplara yönelik koruma önlemleri olarak anlaşılırken, pozitif ayrımcılık denildiğinde geçmişte ayrımcılığa maruz kalan grupların bu ayrımcılık nedeniyle bu gün bulundukları sosyo-ekonomik açıdan dezavantajlı konumlarına vurgu yapılmaktadır.” Tamara Harvey ve Philip Rostant. *Positive Action- Positive Discrimination*, **The New Oxford Companion to Law**, Peter Cane ve Joanne Conaghan (ed.), Oxford: Oxford University Press, 2008, ss.913-916; aktaran, Akbaş ve şen, s.170.

⁶⁷ Akbaş ve şen, s.171. Pozitif ayrımcılığın meşrulaştırılmasında literatürde genellikle iki savunma ileri sürölür: çeşitlilik ve telafi edicilik. Bkz. Michael J. Sandel, **Adalet:Yapılması Gereken Doğru şey Nedir?**, Mehmet Kocaoğlu (çev.), 4. Baskı, Ankara: Eksi Kitaplar, 2017, s.226-230; J. Edward Kellough, **Understanding Affirmative Action: Politics, Discrimination, and the Search for Justice**, Washington: Georgetown University Press, 2006, s.78; Owen M Fiss, **Affirmative Action as a Strategy of Justice**, 1997, s.37, Faculty Scholarship S.1322, https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1322 (erişim tarihi 19.9.2019) Çeşitlilik savunusu, dezavantajlı olarak tanımlanan grupların eğitim, politika, çalışma hayatı gibi neredeyse yaşamın tüm alanlarında temsillerin arttırılarak bu yolla toplumsal adaletin sağlanması ve herkesin

Anayasa, devleti kadınlara pozitif ayrımcılık yapmakla yükümlü kılmasına rağmen mevzuatta pozitif ayrımcılık uygulaması olarak nitelendirilebilecek düzenleme çok azdır. Kadınlarla ilgili pek çok düzenleme vardır ancak çokça karıştırdığı üzere bu düzenlemeler (doğum izni, süt izni vs.) pozitif ayrımcılık uygulaması değil, aslında “sosyal devlet” gereği yapılan düzenlemelerdir⁶⁸. Örneğin emziren kadına süt izni verilmesinin pozitif ayrımcılık olarak kabul edilmesi için erkeğin de emzirebiliyor olması ama bu iznin yalnızca kadına verilmiş olması gerekirdi. Sosyal devlet olmanın gerektirdiği uygulamalarda bilinçli bir tercih ya da öncelik yoktur, gereklilik vardır. Bu örnekte kadın emzirdiği için bu izin gereklidir, yoksa diğer cinsiyet aleyhine kadına bir ayrıcalık sağlanmış değildir.

C. Mevzuattan Örnekler

1. Kadının Çalışma Hayatı

Pozitif ayrımcılığın amacının, kadınlara uygulanan eşitsiz ve cinsiyetçi muamelelere son vererek onların konumunu güçlendirmek olduğunu düşünüyoruz. Ancak bunu yapmak yerine toplumsal cinsiyet rollerini destekleyerek eşitsizliği pekiştiren ve kadınlara hiçbir faydası olmayan düzenlemeler de vardır. Bu düzenlemeler kadınların lehineymiş gibi görünür ancak farklı muamele için haklı nedenleri yoktur ve üstelik kadını güçlendirmek yerine onun bir erkekten zayıf ve korunmaya muhtaç olduğu algısını destekler. Bu düzenlemelerde sıklıkla kadının yerinin evi-ailesi olduğu imasıyla, onun annelik ve eş olma nitelikleri vurgulanır.

iyiliğine olacak bir toplumsal zenginlik ve çeşitliliğin sağlanması argümanına dayanır.

⁶⁸

Akbaş ve Şen, çalışmalarında, pozitif ayrımcılık kurumunun Anayasa’da düzenlenmesinden sonraki dokuz yıllık süreç için mevzuat taraması yapmışlardır. Bu tarama sonucuna göre, yalnızca kadın konukevlerine ilişkin yönetmelikler ile Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu üyelerinin belirlenmesinde “tercihli alım”la kadınlara öncelik verilerek ayrıcalık tanındığı görülür; bkz. Akbaş ve Şen, s.178-180.

Anayasa'nın ailenin korunması ile ilgili 41. maddesi⁶⁹ ve çalışma şartlarının düzenlendiği 50. maddesi⁷⁰ bu duruma örnek gösterilebilir. Kadın, bu düzenlemelerin ilkinde korunmaya muhtaç ana, ikincisinde narin bedeniyle erkeklerin yaptığı bazı işleri yapamayacak zayıf cinsiyet olarak yer almıştır. Benzer biçimde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 72. maddesinde⁷¹ kadınların yer ve su altı işlerde çalıştırılması yasaklanmıştır. İş kanunundaki düzenlemede kadın, "18 yaş altı erkeklerle"; Anayasa'nın 50. maddesinde ise "küçükler ve bedeni-ruhi rahatsızlığı olanlar" ile bir tutulmuştur. Bu örneklerde kadının konum olarak erkeklerle değil, zayıf ve korunmaya muhtaç konumdakilerle eş görüldüğü açıkça fark edilir. Bu anlayışın kadınların özgürleşmesine ve güçlenmesine bir faydası olmadığı gibi, aksine bu anlayışla kadının konumu ile ilgili yargılar, anayasal düzeyde onaylayarak sağlamlaştırılır.

Kadının çalışma yaşamı ile ilgili bir diğer sorunlu düzenleme, evlenme nedeniyle iş akdini feshederek işten ayrılan kadın işçinin kıdem tazminatı hakkındaki düzenlemedir. Söz konusu düzenleme, evlenen erkek için aynı imkanı tanımadığından anayasanın eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddiasıyla, -itiraz yoluyla- Anayasa Mahkemesi önüne gelmiş, ancak Mahkeme hükmün eşitlik ilkesine aykırı olmadığına karar vermiştir⁷².

⁶⁹ Ailenin korunması ve çocuk hakları, Madde 41 – "*Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır.*

Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar."

⁷⁰ Çalışma şartları ve dinlenme hakkı, Madde 50 – "*Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz.*

Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar."

⁷¹ Yer ve su altında çalıştırma yasağı, Madde 72 – "*Maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde onsekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların çalıştırılması yasaktır.*"

⁷² AYM, E.2006/156, K.2008/125, 19.6.2008.

İş hukukunda kıdem tazminatı 1475 sayılı Kanunun 14. maddesinde düzenlenmiştir⁷³. Buna göre, kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde iş akdini kendi arzusu ile sona erdirmesi durumunda kıdem tazminatı isteme hakkı vardır. Bu düzenleme, eski Medeni Kanunda yer alan “kadının çalışmasını erkeğin iznine bağlayan” hüküm ile “aile reisliği” ve “ikametgah seçme” konuları ile bağlantılıdır. Çünkü düzenlemenin yürürlüğe girdiği tarihte, yine yürürlükte bulunan 742 sayılı eski Medeni Kanuna göre ailenin reisi kocadır⁷⁴, ikametgah koca üzerinden belirlenir⁷⁵ ve evli kadının çalışması kocasının iznine bağlıdır⁷⁶. Bu halde, ailenin reisi koca olduğuna göre, kocanın izin vermemesi yahut kadının çalışmakta olduğu yerin dışında bir yeri ikamet olarak seçmesi halinde kadın kendi iradesi dışında bir sebeple işten ayrılmak durumunda kalacağından mağdur olacaktır.

Öte yandan, ilerleyen süreçte tazminatla ilgili bu düzenlemeye gerekçe olarak gösterilen tüm düzenlemeler kaldırılmıştır. Öncelikle Anayasa Mahkemesi 1990 yılında evli kadının çalışmasını kocanın iznine bağlayan hükmü, Anayasanın 10. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal

⁷³ 4857 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girmesine rağmen, bu kanunda kıdem tazminatı yeniden düzenlenmeyerek 1475 sayılı eski İş Kanunun 14. maddesinin uygulaması korunmuştur.

⁷⁴ Evlenmenin Umumi Hükümleri, (A)HAKLAR VE VAZİFELER: II. Kocanın: Madde 152 – “Koca, birliğin reisidir.

Evin intihabı karı ve çocukların münasip veçhile iâşesi, ona aittir.”

III. Karının: Madde 153 – ...

“Kadın, müşterek saadeti temin hususunda gücü yettiği kadar kocasının muavin ve müşaviridir. Eve, kadın bakar.”

⁷⁵ Kanuni ikametgah, Madde 21 – “Kocanın ikametgahı karının ... ikametgahı addolunur.

İkametgahı belli olmayan kimsenin karısı, veya kocasından ayrı yaşamağa mezun olan kadın kendisine ayrı bir ikametgah ittihaz edebilir.”

⁷⁶ Karının Meslek veya Sanatı, Madde 159 – “Karı koca mallarını idare için hangi usulü kabul etmiş olursa olsun, karı, kocanın sarahaten veya zımnen müsaadesi ile bir iş veya sanat ile iştigal edebilir. Kocanın izinden imtinai halinde karı, kendisinin bir iş veya bir sanatla iştigal etmesi birliğin veya bütün ailenin menfaati icabı olduğunu ispat ederse, bu izin hakim tarafından verilebilir. Koca, karısını bir iş veya sanat ile iştigalden menettiği taktirde keyfiyet noter marifeti ile ilan edilmedikçe hüsnüniyet sahibi üçüncü şahıslara karşı hüküm ifade etmez.”

etmiştir⁷⁷. 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile de tüm bu hususlardaki cinsiyet ayrımcı düzenlemeler terk edilerek evlilik birliği, haklar ve yükümlülükler bakımından eşler arasında eşitlik temeline dayandırılmıştır⁷⁸.

Gerekçe olarak ileri sürülen bağlantılı maddeler kaldırıldığına ve artık evli kadın eşinin kararları ile bağımlı olmaktan hukuken kurtulduğuna göre, evlenme nedeniyle iş akdini feshederek işten ayrılan kadın işçinin kıdem tazminatı konusundaki düzenlemenin hala yürürlükte bulunması nasıl açıklanabilir?

İtirazı yapan ilk derece Mahkemesi (İzmir 6. İş Mahkemesi), başvurusunda, isabetli biçimde ataerkil kültürel normlara ilişkin bir değerlendirme yaparak toplumda yaygın olsalar da bunların yanlış olduğunu ve bunlara dayanılarak hukukun yaratılamayacağını belirtmiştir:

“toplumsal yapımızdan ve kız ve erkek çocuklarının yetiştirilmesindeki eski ve yanlış geleneklere bağlı aile içi ve dışı eğitim sistemindeki çarpıklıklardan ve buna bağlı olarak Türk ailesinin henüz mevcudiyetini koruyan geleneksel yapısından ötürü; evlilik içerisinde, erkek eşin kadın eşine karşı baskın olması ve uygulamada, yasalar ile getirilmeye çalışılan eşitliğin sağlanamamış olması sebebi ile erkeğin kadın üzerindeki baskısının devam ettiği bir gerçek ise de; yasa koyucunun ve uygulanan yasaların temel alması gereken esasların, mevcut yanlış uygulamalar olmayıp, olması gereken, doğru, hakkaniyete ve hukukun temel ilkelerine uygun düzenlemeler olması; yani toplumdaki yanlış uygulamaların yasalara yön vermesinin değil, yasalar ile getirilen hukuka uygun kuralların topluma yön vermesi gerektiği; aksi halde toplumdaki yanlışlık ve eksikliklerin giderilmesinin mümkün olmadığı da bir gerçektir.”

Anayasa Mahkemesi ise kararını verirken, konuyu yukarıda değindiğimiz Anayasa’nın 41. ve 50. maddeleriyle (ve hatta bazı kadın işçileri koruyan

⁷⁷ AYM, E.1990/30, K.1990/31, 29.11.1990.

⁷⁸ “Evliliğin Genel Hükümleri” başlıklı üçüncü bölümdeki 185 ve devamı maddeler.

uluslararası sözleşme ve kararlara da atıfta⁷⁹ bulunarak) birlikte değerlendirmiştir:

“ ‘Aile hukuku’ öğretisinde de zorunluluklar ve toplumsal gerçekler karşısında kadının korunması, aile bağlarının güçlendirilmesi, evlilik birliğinde düzen ve uyum sağlanması gerektiği gibi hususlarda yaygın görüşler bulunmaktadır.

Kimi sosyal gerçeklerin doğurduğu zorunluluktan kaynaklanan ve aile birliği içerisinde yüklenilen görevlerin boyut ve önemi gözetilerek evlenmesi nedeniyle hizmet akdini kendi arzusu ile sona erdiren kadın çalışanı ve aile birliğini korumaya yönelik düzenlemenin, Anayasa'ya aykırılığından söz edilemez.”

Mahkeme'ye göre bu düzenleme pozitif ayrımcılık yaparak kadını korur. Anayasa'nın 10., 41. ve 50. maddeleri ile uyumludur ve bu nedenle eşitlik ilkesine aykırı değildir⁸⁰. Görüldüğü gibi Mahkeme, ataerkil kültürel

⁷⁹ 1979 tarihli Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme (CEDAW), 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı, 1935 tarih ve 45 sayılı Maden Ocaklarında ve Yer Altı İşlerinde Kadınların Çalıştırılmaması Hakkında Sözleşme, 1951 tarih ve 100 sayılı Eşit Değerde İş için Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında Çalışma Sözleşmesi, 1958 tarih ve 111 sayılı İş ve Meslek Bakımından Ayrım Hakkında Uluslararası Çalışma Sözleşmesi ve Tavsiye Kararı, 1952 tarih ve 102 sayılı Sosyal Güvenliğin Asgari Normları Hakkında Sözleşme ile 1964 tarih ve 122 sayılı İstihdam Politikası Hakkında Sözleşme ve Tavsiye Kararı.

⁸⁰ Mahkeme'nin iki kadın üyesi, söz konusu karara katılmayarak, karşı oylarını şöyle açıklamışlardır: “Anayasa'nın 41. maddesinde de belirtildiği gibi aile Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Bu eşitlik çerçevesinde yasa koyucu evlilik birliğinin kurulması sonucu işten ayrılmayı, kıdem tazminatına hak kazanma için geçerli bir neden olarak görüyorsa, evlilik birliğinin bir tarafını diğerine üstün tutamaz. Salt cinsiyet farkı, böyle bir ayırımın gerekçesi olamaz. Bu kadın lehine dayanağını Anayasa'dan alan pozitif ayrımcılık değil erkeğe ve kadına verilen geleneksel rolün erkek yönünden doğurduğu negatif yansımadır.

Öte yandan, evlenme nedeniyle isteğe bağlı olarak iş akdinin sona erdirilmesinde, kadına kıdem tazminatı ödenerek bu durumun, özendirici hale getirilmesinin, kadının iş yaşamından uzaklaştırılmasına da neden olabileceği gözetildiğinde, geleneksel yaklaşımlarla kadının korunması amaçlanırken, aslında kadınla erkek arasında bu konudaki yasal düzenlemelere karşın uygulamada varlığını sürdüren ve Anayasa'nın 10.

normların hukuku biçimlendirmesine ilişkin söz söylemek yerine tam da bu normlara uygun biçimde kadının yerinin evi-ailesi olduğu fikrini destekleyen bir karar vermiştir. Çalışan kadın, aile bağlarının güçlenmesi önünde bir engel olarak görülür. Aile birliğinin korunması için evlenen kadın, çalışma hayatından (kamusal alandan) koparılacak ancak en azından tazminatını alabilecektir. Erkek için böyle bir durum söz konusu olmadığına göre ailenin birliği kadına bağlıdır. Üstelik bu düzenlemenin varlığı kadınların işe alınmamaları için bir gerekçe de yaratır: pek çok işveren, evlendiği için tazminatını alarak işten ayrılma ihtimali olan bir kadını değil, evlenmesinin iş akdi ve tazminatı konusunda bir etki yaratmayacağı açık olduğu için bir erkeği tercih edecektir. Kadınların çalışma hayatına katılımını arttıracak düzenlemeler yapmak yerine onları ev-içi hayata yönlendirecek bir uygulamada ısrar edilmesi ancak hukuka hakim erkek bakış ile açıklanabilir. Çünkü erkek bakışı, sadece hukuk kurallarının konulmasında değil uygulanmasında ve yorumlanmasında da karşımıza çıkar⁸¹. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararında eşitsizliği meşrulaştırmak için “aile” kavramını gerekçe olarak kullanması buna iyi bir örnektir.

Hukukumuzda, kadınlara pozitif ayrımcılık yaparak onların lehine gibi görünen ancak gerçekte toplumsal cinsiyet hiyerarşisini pekiştirmeye yarayan düzenlemelerden biri de 16.08.2013 tarihli *Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik*'tir. Bu Yönetmeliğe göre, belli sayıda kadın

maddesine eklenen fıkra ile giderilmeye çalışılan eşitsizliğin daha da derinleşmesine yol açılması olasılığı, varsayımdan öte üzerinde durulması gereken Anayasal bir sorun oluşturmaktadır. Çağımızda kadın, geleneksel yaklaşımlarla değil, toplumun eşit haklara sahip bireyi olarak erkeklerle aynı hukuksal konuma getirilebilmesi amacıyla Anayasal korumadan yararlandırılmalıdır. Bu tür korumaya gereksinim duyulmadığı durumlarda ise erkeklerin kadınların yararlandığı olanaklardan yoksun bırakılmaları onlar yönünden açık bir eşitsizlik yaratacağından Anayasa'nın 10. maddesine aykırılık oluşturur.”

81

Gülriiz Uygur, Ataerkilliğin Hukuka Dayatması, Radikal Gazetesi -Radikal İki, 3 Şubat 2008, <http://www.radikal.com.tr/radikal2/ataerkilligin-hukuka-dayatmasi-875875/> (erişim: 19.9.2019)

çalışanı olan işyerlerinde kreş açılması gerekir⁸². Ebeveyni çalışan çocuğunun bakımı konusunda sağlanan bu kolaylık neden erkek çalışanlara sağlanmamıştır? Çocuk bakımı konusunda ebeveynlerin sorumluluğu eşit değil midir? Bu düzenleme sadece kadınları esas almıştır çünkü doğurduktan sonra çocuğun bakımı annenin görevi olarak kabul edilir. Böylelikle toplumsal cinsiyet rolleri yine hukuk yoluyla sağlamlaştırılmış olur.

2. Evlenen Kadının Soyadı

Soyadı meselesi birey için önemlidir, çünkü soyadı bireyin kimliğidir ve dolayısıyla kişiliğinin bir parçasıdır. Bir cinsiyetin diğer bir cinsiyetin soyadını taşımak zorunda bırakılması ancak cinsiyet hiyerarşisi ile açıklanabilir. Bu zorunluluk hukuka dayanıyorsa o halde hukukun bu hiyerarşiyi desteklediği açıktır.

01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile, eski Medeni Kanun'da bulunan cinsiyet ayrımcı düzenlemelerin bazılarının (aile reisinin erkek olması, kadının çalışmasının kocasının

⁸²

Oda ve yurt açma yükümlülüğü, Madde 13 – (1) Yaşları ve medeni halleri ne olursa olsun, 100-150 kadın çalışanı olan işyerlerinde, emziren çalışanların çocuklarını emzirmeleri için işveren tarafından, çalışma yerlerinden ayrı ve işyerine en çok 250 metre uzaklıkta EK-IV'te belirtilen şartları taşıyan bir emzirme odasının kurulması zorunludur.

- (2) Yaşları ve medeni halleri ne olursa olsun, 150'den çok kadın çalışanı olan işyerlerinde, 0-6 yaşındaki çocukların bırakılması, bakımı ve emziren çalışanların çocuklarını emzirmeleri için işveren tarafından, çalışma yerlerinden ayrı ve işyerine yakın EK-IV'te belirtilen şartları taşıyan bir yurdun kurulması zorunludur. Yurt, işyerine 250 metreden daha uzaksa işveren taşıt sağlamakla yükümlüdür.
- (3) İşverenler, ortaklaşa oda ve yurt kurabilecekleri gibi, oda ve yurt açma yükümlülüğünü, kamu kurumlarınca yetkilendirilmiş yurtlarla yapacakları anlaşmalarla da yerine getirebilirler.
- (4) Oda ve yurt açma yükümlülüğünün belirlenmesinde, işverenin belediye ve mücavir alan sınırları içinde bulunan tüm işyerlerindeki kadın çalışanların toplam sayısı dikkate alınır.
- (5) Emzirme odası ve/veya yurt kurulması için gereken kadın çalışan sayısının hesabına erkek çalışanlar arasından çocuğunun annesi ölmüş veya velayeti babaya verilmiş olanlar da dâhil edilir.

rızasına bağlı olması, ailenin yerleşim yerinin koca tarafından belirlenmesi gibi) terk edildiğini belirtmiştik. Böylece, uluslararası hukukla da uyumlu biçimde, ailede kadın-erkek eşitliğini sağlama yönünde bir irade ortaya konmuş; evlilik birliğinde haklar ve yükümlülükler bakımından eşler arasında hukuksal eşitlik sağlanmaya çalışılmıştır. Ancak kanun değişse bile, aynı hüküm korunduğundan, kadının soyadı konusunda bu amaca uyan bir gelişme gerçekleşmemiştir. Hatta denilebilir ki kadının soyadı meselesi Türk hukuku bakımından eril bakışın en dirençli olduğu başlıklardan biridir⁸³.

Eski Medeni Kanun'un 153. maddesinde kadının evlenmekle kocasının soyadını alacağı hükmü yer almaktadır. Bu maddede 1997 yılında yapılan değişiklikle, kadınlara, evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruya kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilme imkanı sağlanmıştır. Ancak bu durum cinsiyetler arası eşitlik açısından düşünüldüğünde gerçekte bir farklılık yaratmamıştır: kadın hala kendi soyadını tek başına kullanamazken erkeklerin evlenmeleri durumunda isimleri bakımından herhangi bir değişiklik olmamaktadır. Kadına tanınan, aslında oldukça sınırlı bir seçim hakkıdır ve kadının kocasının soyadını taşıması zorunluluğu ortadan kalkmamıştır⁸⁴. Sonrasında kadının soyadı konusu norm denetimi yoluyla iki kez Anayasa Mahkemesi önüne gelmiştir.

Anayasa Mahkemesi, 1998 tarihli ilk kararında, düzenlemeyi cinsiyet farklılığına dayalı farklı muamele olarak değerlendirmemiş ve Anayasa'ya aykırı bulmamıştır⁸⁵. Bir süre sonra aynı konu Türkiye'ye karşı yapılan bir

⁸³ Sever, yargısal düzeydeki isteksizlik ve kararsızlıkları ifade etmek için kadının soyadı konusundaki yargısal süreci bir 'yap-boz'a benzetir, bkz. D. Çiğdem Sever, *Kadının Soyadı: Bir Boz-Yap Hikâyesiyle Eşitlik Sağlandı mı?*, **Güncel Hukuk Dergisi**, 2, no.122, 2014, ss.62-63.

⁸⁴ Serap Helvacı, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ve Anayasa Mahkemesinin Kararları Işığında Evli Kadının Soyadı*, **MHB**, C.35, S.1, 2015, s.158-159. Ayrıca bkz. Ece Göztepe, *Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı*, **AÜSBFD**, C.54, S.2, s.102-126.

⁸⁵ AYM, E.1997/61, K.1998/59, 29.09.1998. AYM, gerekçesinde, kanun koyucunun aile soyadı olarak kocanın soyadına öncelik verme tercihini, *bir geleneği kurumsallaştırması* olarak görmüş ve bunu haklı bir neden olarak yorumlamıştır. Mahkeme'ye göre: "*Aile hukuku*" öğretisinde de kadının

bireysel başvuruda AİHM önüne gelmiş ve AİHM 2004 yılında söz konusu maddenin, özel hayatın korunması ile bağlantılı olarak 14. madde ayrımcılık yasağına ilişkin kuralı ihlal ettiğine karar vermiştir⁸⁶. Bilindiği gibi AİHM kararları bağlayıcıdır⁸⁷. Bu olayda ihlale sebep olan, yasal düzenlemenin kendisi olduğuna göre, ihlal kararının iç hukuka etkisi de, cinsiyet ayrımcı bu yasa hükmünün eşitlik ilkesine uygun olarak düzenlenmesi biçiminde olmalıdır. Aksi takdirde düzenlemeye dayalı her olay, insan hakkı ihlali olacaktır. Bu sebeple AİHM'in bu kararından sonra ilk derece mahkemeleri doğrudan sözleşme hükümlerini uygulayarak kadının evlendikten sonra kendi soyadını kullanabileceğine karar vermiştir⁸⁸. Bununla birlikte, bazı mahkemeler (Yargıtay'ın kararından⁸⁹ sonra) konuyu itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne götürmüşlerdir. Böylece aynı düzenleme ikinci kez Anayasa Mahkemesi önüne gelmiştir,

erkeğe göre farklı yaratıldığı, zorunluluklar ve toplumsal gerçekler karşısında kadının korunması, aile bağlarının güçlendirilmesi, evlilik birliğinde düzen ve uyum sağlanması, aile içinde iki başlılığın önlenmesi gerektiği gibi hususlarda görüşler bulunmaktadır.

Kullanılan aile isminin kuşaktan kuşağa doğumla geçmesiyle aile birliği ve bütünlüğü devam etmiş olacaktır. Aile birliğinin sağlanması için yasakoyucu eşlerden birisine öncelik tanımıştır. Kamu yararı, kamu düzeni ve kimi zorunluluklar soyadının kocadan geçmesinin tercih nedeni olduğunu göstermektedir.”

⁸⁶ AİHM, Tekeli v. Türkiye, 16.11.2004, Başvuru no. 29865/96.

⁸⁷ Anayasa madde 90/son ve AİHS madde 46.

Ayrıca özel olarak kadının soyadı konusunda CEDAW 16/l(g) düzenlemesinde taraf devletlere, aile adı, seçiminde kadın-erkek eşitliği sağlama yükümlülüğü verilmiştir. Türkiye, 19 Ocak 1996 tarihinde bu sözleşmeyi onaylarken o tarihte yürürlükte bulunan Medeni Kanun'un aile ilişkilerini düzenleyen bazı hükümlerinin, Sözleşme'nin 15. ve 16. maddeleriyle uyumlu olmayabileceğine yönelik çekince koymuş ancak 20 Eylül 1999 tarihli bir açıklama ile bu çekincesini kaldırmıştır.

⁸⁸ Sever, *Anayasa Mahkemesi'nin Kadın-Erkek Eşitliği Yaklaşımına Bir Eleştiri*, s.44.

⁸⁹ Yargıtay 2. HD, 14.07.2009, E.2008/9258, K.2009/14043, bkz. Yavuz Yılmaz, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Bir Kanunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Aykırı Bulunması Halinde Uygulanacak Normun Tespiti, Türk Medeni Kanununun 187'nci ve Harçlar Kanununun 28/1-A Maddesi Örneği*, **Adalet Dergisi**, Mayıs 2010, S.37, ss.50-67.

fakat Mahkeme 2011 yılında eski görüşünü aynen tekrarlamıştır⁹⁰. Mahkeme'nin, iptal istemini reddetme gerekçesinde kullandığı ifadelerle bakıldığında (“kimi sosyal gerçeklerin doğurduğu zorunluluklar”, “kökleşmiş bir geleneğin kurumsallaştırması”, “gelenek”, “din”, “kutsal kurum”, “kamu yararı ve kamu düzeni” gibi), cinsiyet eşitliği konusundaki yaklaşımının, *eşitsizlik içeren sosyal normları hukuki anlamda meşrulaştırıcı*⁹¹ yönde olduğu görülür. Mahkeme'nin, evlenen kadının kıdem tazminatı konusundaki kararında yansıttığı eril bakış, soyadı konusunu cinsiyet ayrımcılığı bakımından değerlendirdiği ilk iki kararında da değişmemiştir: kadının, -tıpkı çalışması gibi- kendi soyadını taşıması da aile birliği açısından tehlikelidir.

AİHM'nin ihlal kararına rağmen yasal değişiklik yapılmadığından ve Anayasa Mahkemesi de düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığı kararında ısrar ettiğinden, iç hukukta değişen hiçbir şey olmadı. Bu sebeple AİHM'ne daha fazla sayıda başvuru yapıldı ve ihlal kararları⁹² çıkmaya devam etti.

Anayasa Mahkemesi'nin norm denetimi ile önüne gelen soyadına ilişkin düzenlemeye yaklaşımı, bireysel başvurularda verdiği kararlarda farklılaştı. 2013 ve devamındaki yıllarda Mahkeme'ye yapılan bireysel başvurularda, AİHM'nin kararlarıyla uyumlu biçimde ihlal kararları⁹³ verildi. Mahkeme konuyu, cinsiyet eşitliği bakımından değil, Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan “manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı” bakımından değerlendirmiştir. Mahkeme'nin ihlal kararı vermesine dayanak olan ise yasallık ilkesi oluşturmaktadır. Mahkeme'ye göre kişinin manevi varlığı kapsamında güvence altına alınan isim hakkına yönelik müdahalenin kanunilik şartını sağlamamaktadır. Oysa başvuran kadınların,

⁹⁰ AYM, E. 2009/85, K. 2011/49, 10.03.2011.

⁹¹ Sever, *Anayasa Mahkemesi'nin Kadın-Erkek Eşitliği Yaklaşımına Bir Eleştiri*, s.44.

⁹² AİHM, Tuncer Güneş v. Türkiye, 3.9.2013, Başvuru no. 26268/08; Leventoğlu Abdulkadiroğlu v. Türkiye, 28.5.2013, Başvuru no. 7971/07; Tanbay Tüten v. Türkiye, 10.12.2013, Başvuru no. 38249/09.

⁹³ Sevim Akat Eşki, 19.12.2013, Başvuru no. 2013/2187; Gülsim Genç, 6.3.2014, Başvuru no. 2013/4439; Neşe Aslanbay Akbıyık, 16.4.2015, Başvuru no: 2014/5836.

tek başına kendi soyadlarını kullanabilme taleplerinin reddedilmesiyle hakka yapılan müdahale, açık ki Medeni Kanun'un 187. maddesine dayanmaktadır. Fakat Mahkeme bu noktada, uluslararası hukukta kadın-erkek eşitliğini ve ailede eşler-arası eşitliği düzenleyen sözleşmelere⁹⁴ ve soyadı ile ilgili AIHM kararlarına⁹⁵ atıfla, Anayasa madde 90/5 hükmüne başvurmuştur. Böylece Mahkeme'nin bu sorunun çözümüne ilişkin tavsiyesi ortaya çıkmış olmaktadır: Normlar hiyerarşisi gereği 187. madde kararlara esas alınmayacaktır.

Bu yaklaşım değişikliği, kadınların hakları bakımından olumlu sayılabilirse de, sorunsuz değildir. Bir defa, Medeni Kanunun kadının soyadına ilişkin cinsiyet ayrımcı düzenlemesi mevcudiyetini korumaktadır. Pratikte bu kararlar yalnızca bireysel başvuruda bulunan az sayıda kadın için sonuç doğurmuştur. Mevzuat değişikliği yapılmadıkça tüm kadınların soyadı konusunda eşitliğe kavuşması mümkün olamayacaktır. İkinci olarak, Mahkeme kararını cinsiyet eşitliğine de dayandırmayarak, var olan erkek bakışını sürdürmüştür. Mahkeme şayet Anayasa'nın 10 maddesi bakımından bir değerlendirme yapmış olsaydı, norm denetimi kararlarındaki dirençli yaklaşımını kendisi kırmış olacaktı, ancak bunu yapmaktan bilhassa çekindiğini görebiliriz.

Feminist yaklaşım açısından hukukun eril bakışının netleştiği alanlar, yukarıda değindiğimiz örneklerden de anlaşılacağı üzere, evlenen kadının tazminat hakkı, kadın çalışanların bulunduğu işyerinde kreş kurulması, kadının çalışmasının kocanın iznine bağlı olması, evlenen kadının tek başına kendi soyadını kullanamaması gibi, çoğunlukla medeni hukuk ve

⁹⁴ BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi madde 23/4 düzenlemesinde, taraf devletlerin, eşlerin evlenirken, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesinde eşit hak ve sorumluluklara sahip olmalarını sağlamak için gerekli tedbirleri alacakları; CEDAW maddesinin 16/1(g) düzenlemesinde ise yine taraf devletlerin kadınlara karşı evlilik ve aile ilişkileri konusunda ayrımı önlemek için gerekli bütün önlemleri alacakları ve özellikle kadın erkek eşitliğine dayanılarak aile adı, meslek ve iş seçimi dâhil her iki eş için geçerli, eşit kişisel haklar sağlayacakları düzenlemesi yükümü yer alır.

⁹⁵ Ünal Tekeli v. Türkiye, 16.11.2004, Başvuru no.29865/96; Tuncer Güneş v. Türkiye, 3.9.2013, Başvuru no. 26268/08; Leventoğlu Abdulkadiroğlu v. Türkiye, 28.5.2013, Başvuru no. 7971/07; Tanbay Tüten v. Türkiye, 10.12.2013, Başvuru no. 38249/09.

çalışma hayatındaki cinsiyet ayrımcı düzenlemeler ve kararlar olmuştur. Kadın tek başına değer gören bir cinsiyet değildir: hukuk onu anne-kadın ya da evli-kadın olarak değerlendirir. Bu çalışmada kapsamı genişletmemek için yalnızca belli konular ele alınmıştır ancak hukukta eril bakış açısının somutlaştığı pratikler bunlardan ibaret değildir. Hatta belki de en yoğun halinin ceza hukuku alanında görüldüğünü söylemek mümkündür. Bu alandaki bazı uygulama ve mahkeme kararlarında, kimi zaman cinsiyetçiliğin de ötesine geçilerek, kadınlara kendi içinde ayrımcılık yapılmış ve kadınlar “ahlak”, “namus” “iffet” gibi kavramlar üzerinden tanımlanmıştır⁹⁶. Kadın cinayetlerinde uygulanan haksız tahrik indirimleri⁹⁷ ve cezasızlık kültürü ile birleştiğinde, bu alan, en can yakıcı ve hukukun da feminist etkilere en dirençli olduğu alan olmuştur.

Değerlendirme

Dünya Ekonomik Forumu’nun ekonomi, eğitim, sağlık, siyaset alanlarına odaklandığı 2018 *Cinsiyet Uçurumu Raporuna* göre⁹⁸ Türkiye 149 ülke arasında 130. sırada bulunmaktadır. (2017 raporunda 131; ilk yapıldığı 2006 yılında 115 ülke arasında 105. sırada idi). Türkiye, 149 ülke arasında, kadınların ekonomik katılımı ve fırsat eşitliği konusunda 131.

⁹⁶ AYM, E.1988/4, K.1989/3, 21.01.1989: “*Irza geçmek ve kaçırmak suçlarının fuhuşu kendine meslek edinen bir kadına karşı işlenmesinde, bu kişinin uğradığı zarar ile aynı eylemlerin iffetli bir kadına karşı yapılması durumunda onun gördüğü zarar eşit sayılamaz, iffetli bir kadının zorla kaçırılması veya ırzına geçilmesi onun onurunu, toplumdaki ve yaşadığı ortamdaki saygınlığını, giderilmesi olanaksız ölçüde kıracaktır. Oysa, aynı eylemlerle karşılaşan fuhuş meslek edinmiş bir kadının bu ölçüde zarar gördüğünü ileri sürmek ve kabul etmek güçtür. Fahişe, fuhuş kendisine meslek edinmiş, onu ticarî bir iş kabul etmiş olduğundan bu tür kadınların kişi ve cinsel özgürlükleri iffetli kadınlarınkı kadar bozulmuş sayılamaz.*” Bu karar gösterir ki fuhuş yapan kadının bendini ve onuru, diğer kadınlarınkinden daha değersizdir, bkz. Akkaya Kia, s.91-92.

⁹⁷ 1978’den 2015’e kadar verilmiş kararlarda haksız tahrik indirimi verilmiş davaları incelen bir çalışma için: Eylem Ümit Atılğan, **Türkiye’deki İç Hukuk Kültürü Üzerine Sosyo-Hukuki Bir Araştırma: Haksız Tahrik Kararlarında Eril Tahakküm Kodları**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.

⁹⁸ Global Gender Gap Report 2018, <http://reports.weforum.org/global-gender-gap-report-2018/> (erişim: 19.9.2019)

sırada yer alırken, eğitimde 106., sağlıkta 67. ve siyasal katılımı 113. sıradadır.

Bu rapordaki sıralamalara bakıldığında Türkiye’de cinsiyetler arası uçurumun kapanması için 167 yıl gerekmektedir. Bu açığı hızlıca kapatmak için yapılması gerekenler her alanda ayrı ayrı sıralanabilir. Hukuksal alanda ise, taraf olunan sözleşmelerle dahil olunan koruma ve denetleme mekanizmalarını ve “pozitif ayrımcılık” kurumunu bu niyete hizmet etmede işlevsel araçlar olarak görmek mümkündür. Ancak hukuksal alanda yapılan düzenlemeler/değişiklikler sevindirici olsa da, asıl olarak toplumsal yapıda ve özellikle aile, din, eğitim, siyaset gibi eril kurumlarda esaslı dönüşümler gerçekleştirilemezse kadınların konumlarında bir iyileşme sağlanmayacak, kadınların sorunları çözülmüş olmayacaktır. Cinsiyet eşitsizliğini ortadan kaldırmaya çalışmak için hukukun tekil problemlerine işaret etmek yeterli değildir. Odaklanması gereken belli alanlardaki hukuki eşitsizlikler değil, toptan, eril hukukun kendisi olmalıdır. Özellikle son 30 yılda, uluslararası insan hakları hukukunda cinsiyet ayrımcılığı ya da kadınlara karşı şiddet ile ilgili önemli belgeler üretilmiş, iç hukuklarda da bu belgelerin etkisi ile çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Ancak Türkiye’de kadınlar açısından, hukuksal düzeyde sağlanan bu gelişime paralel gerçek bir iyileşme gerçekleşmemiştir⁹⁹.

Hukuku yaratan, biçimlendiren, uygulayan anlayış ataerkildir. Bu yüzden kadınların hukuk ile olan ilişkisi aynı zamanda kadınların devletle olan ilişkisidir. Feminizmin devletten istediği, sadece yasalarla kadınları koruması değil (nitekim korunmaya muhtaç kadın düşüncesi, zayıf, güçsüz, erkeğe bağımlı kadın algısını da pekiştirir), korunmaya ihtiyaç duymayacak biçimde toplumsal cinsiyetin yarattığı eşitsizliği ortadan kaldırması ve kadınların konumunu güçlendirmek yönünde politikalar izlemesidir. Ancak bu fazla iyi niyetli bir beklentidir. Varlığını ve devamlılığını baskı ve sömürüye borçlu olan liberal bir siyasal yapının,

⁹⁹

Türkiye’de sadece 2019 yılında 474 kadın, erkek şiddeti ile öldürüldü; bkz. Kadın Cinayetlerini Durduracağız Platformu 2019 Raporu, <http://kadincinayetleriniurduracagiz.net/veriler/2889/kadin-cinayetlerini-durduracagiz-platformu-2019-raporu> (erişim: 31.12.2019)

dayandığı hiyerarşik kurumları kendiliğinden değiştirmesi beklenemez. Toplumsal cinsiyet eşitsizliğini ortadan kaldırmak için kadınları bu kurumlara eklemek, onlarla uyumlaştırmak yerine başta devlet; hukuk, aile, evlilik gibi tüm patriarkal kurumların, kabullerin, yargıların, yapıların eleştirilmesi ve dönüşümü/değişimi hedeflenmelidir.

Kaynaklar

Akbaş, Kasım ve Şen, İlker Gökhan: *Türkiye’de Kadına Yönelik Pozitif Ayrımcılık: Kavram, Uygulama ve Toplumsal Algılar*, **Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Hukuk Fakültesi 20. Yıl Özel Sayısı**, 2013, ss.165-189.

Akkaya Kia, Rukiye: **Hukukun Kadına Bakışı: Ergen ve Eşit Olamama Hali**, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.13, S.1-2, 2009, ss.87-102.

Altınbaş, Deniz: Feminist Tartışmalarda Liberal Feminizm, **İstanbul Üniversitesi Kadın Sorunları Araştırma ve Uygulama Merkezi Kadın Araştırmaları Dergisi**, S.9, 2006, ss.21-52.

Arat, Necla: *Feminist Hukuk*, **Kadın Araştırmaları Dergisi**, S.9, 2006, ss.53-65.

Berktaş, Fatmagül: *Feminist Teoride Açılımlar*, **Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları**, Yıldız Ecevit, Nadide Karkıner (ed.), 2. Baskı, Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayını, 2013, ss.3-23.

Berktaş, Fatmagül: **Tek Tanrılı Dinler Karşısında Kadın**, 5. Basım, İstanbul: Metis Yayınları, 2014.

Cain, Patricia A.: *Feminist Jurisprudence: Grounding the Theories*, **Berkeley Women’s Law Journal**, Vol.4. Issue 2, 1989, ss.191-214.

Çağlar Gürgey, Fatma İrem: “*Feminist Hukuk Teorisi*” Nedir?, **Hukuk Kuramı**, C.1, S.5, Eylül-Ekim 2014, ss. 28-44.

Çakır, Serpil: *Feminizm, 19. Yüzyıldan 20. Yüzyılı Modern Siyasal İdeolojiler*, H. Birsen Örs (der.), 3. Bs. İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2010, ss.415-475.

Demir, Nazlı Hilal: *Feminist Perspektiften Düşünce Tarihinin Köşe Taşları ve İdeal Bir Hukuk Arayışı*, On İki Levha Yayıncılık, 2017.

Donovan, Josephine: *Feminist Teori*, Aksu Bora, Meltem Ağduk Gevrek, Fevziye Sayılan (çev.), İstanbul: İletişim Yayınları, 2001.

Ecevit, Yıldız: *Toplumsal Cinsiyet Sosyolojisine Başlangıç, Toplumsal Cinsiyet Sosyolojisi*, Yıldız Ecevit, Nadide Karkıner (ed.), Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayını, 2011, ss.2-30.

Fiss, Owen M.: *Affirmative Action as a Strategy of Justice*, 1997, Faculty Scholarship Series 1322, https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1322 (erişim tarihi 19.9.2019)

Gözler, Kemal: *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2013.

Göztepe, Ece: *Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı*, AÜSBFD, C.54, S.2, ss.102-126.

Güriz, Adnan: *Feminizm Postmodernizm ve Hukuk*, Ankara: Phoenix Yayınları, 2. Baskı, 2011.

Hartmann, Heidi: *Marksizm’le Feminizm’in Mutsuz Evliliği*, Gülşad Aygen (çev.), İstanbul: Agora Kitaplığı, 2006.

Helvacı, Serap: *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ve Anayasa Mahkemesinin Kararları Işığında Evli Kadının Soyadı*, MHB, C.35, S.1, 2015, ss.157-169.

Heper, Altan: *Feminizm ve Hukuk, Hukuk Kuramı*, C.1, S.5, 2014, ss.11-27.

Işıқтаç, Yasemin; Koloş, Umut: **Hukuk Sosyolojisi**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2015.

İmançer, Dilek: *Feminizm ve Yeni Yönelimleri*, Doğu Batı Düşünce Dergisi, Yeni Düşünce Hareketleri, Yıl: 5, S.19, 2002, ss.151-171.

Kellough, J. Edward: **Understanding Affirmative Action: Politics, Discrimination, and the Search for Justice**, Washington: Georgetown University Press, 2006.

MacKinnon, Catharine A.: **Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru**, Türkan Yöney ve Sabir Yücesoy (çev.), 2. Baskı, İstanbul: Metis Yayınları, 2015.

Millett, Kate: **Cinsel Politika**, Seçkin Selvi (çev.), 2. Baskı, İstanbul: Payel Yayınevi, 1987.

Oder, Bertil Emrah: *Anayasa'da Kadın Sorunsalı: Norm, İctihat ve Hukuk Politikası*, **Türkiye'de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları: Eşitsizlikler, Mücadeleler, Kazanımlar**, Bertil Emrah Oder, Deniz Yüksek, Fatoş Gökşen, Hülya Durudoğan (der.), 3. Baskı, İstanbul: Koç Üniversitesi Yayınları, 2018, ss.191-220.

Özbudun, Ergun: **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara: Yetkin Basımevi, 2013.

Özdemir, Özlem: *İki Sistemli Kuram Olarak Sosyalist Feminizm*, **Karadeniz Sosyal Bilimler Dergisi**, Y.9, C.9, S.2, 2017, ss. 395-414.

Özgün, Yasemin: *Feminizm, Siyaset Bilimi: Kavramlar, İdeolojiler, Disiplinler Arası İlişkiler*, Gökhan Atılğan ve E. Attila Aytekin (haz.), 3. Basım, Yordam Kitap, 2013, ss.379-393.

Özkazanç, Alev: *Feminizm ve Hukuk Üzerine Eleştirel Düşünceler*, **Ankara Barosu Dergisi**, 2015/4, ss.205-210.

Ramazanoğlu, Caroline: **Feminizm ve Ezilmenin Çelişkileri**, Mefkure Bayatlı (çev.), İstanbul: Pencere Yayınları, 1998.

Sandel, Michael J.: **Adalet:Yapılması Gereken Doğru Şey Nedir?**, Mehmet Kocaoğlu (çev.), 4. Baskı, Ankara: Eksi Kitaplar, 2017.

Sever, D. Çiğdem: *Anayasa Mahkemesi'nin Kadın-Erkek Eşitliği Yaklaşımına Bir Eleştiri*, **Toplumsal Cinsiyet ve Yansımaları**, Lerzan Güntekin vd. (der.), Ankara: Atılım Üniversitesi Yayınları, 2013, ss.34-50.

Sever, D. Çiğdem: *Kadının Soyadı: Bir Boz-Yap Hikâyesiyle Eşitlik Sağlandı mı?*, **Güncel Hukuk Dergisi**, 2, no.122, 2014, ss.62-63.

Tanör, Bülent ve Yüzbaşıoğlu, Necmi: **1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku**, İstanbul: Beta Yayınları, 2006.

Taş, Gün: Feminizm Üzerine Genel Bir Değerlendirme: Kavramsal Analizi, Tarihsel Süreçleri ve Dönüşümleri, **Akademik Hassasiyetler**, C.3, S.5, 2016, ss.163-175.

Uygun, Oktay: **Hukuk Teorileri**, On İki Levha Yayıncılık, 2017.

Uygun, Gülriz: Ataerkilliğin Hukuka Dayatması, Radikal Gazetesi - Radikal İki, 3 Şubat 2008, <http://www.radikal.com.tr/radikal2/ataerkilligin-hukuka-dayatmasi-875875/> (erişim:19.9.2019)

Yörük, Altan: *Feminizm/ler*, **Sosyoloji Notları**, S.7, 2009, ss.63-85.

Yüksel, Murat: *Feminist Hukuk Görüşlerinin Analizi*, **HFSA 14. Kitap**, İstanbul Barosu Yayınları, 2005, ss.57-64.

Yüksel, Murat: **Feminist Hukuk Kuramı ve Feminist Düşünce Teorileri**, İstanbul: Beta Yayınları, 2003.

Yükselbaba, Ülker: *Feminist Perspektiften Hukuk*, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.LXXIV, S.1, 2016, ss.123-138.

Yılmaz, Yavuz: *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Bir Kanunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Aykırı Bulunması Halinde Uygulanacak Normun Tespiti*, **Türk Medeni Kanununun 187'nci ve**

Harçlar Kanununun 28/1-A Maddesi Örneği, Adalet Dergisi, Mayıs 2010, S.37, ss.50-67.

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA KADININ SOYADI MESELESİ

Dr. Öğr. Üyesi Mine TAN DEHMEN*

Giriş

Bu tebliğde, yabancılık unsuru içeren soyadı meseleleri içerisinde kadının soyadı meselesini inceleyeceğiz. Öncelikle Türk hukukunda *soyadının* hukuki rejimini genel olarak ortaya koyduktan sonra, özel olarak evli veya boşanmış kadının soyadı konusu üzerinde duracağız. Ardından da eşlerin yabancı bir devlet vatandaşı veya yabancı bir ülkede yaşıyor olması gibi yabancılık unsuru içeren bir evliliğin kadının soyadı üzerindeki etkisini konu edineceğiz. Tüm bu hususları yasal düzenlemeler, milletlerarası sözleşmeler ve mahkeme tatbikatı çerçevesinde ele alacağız.

Evlilik veya boşanmayla ilişkili olmayan ad değişiklikleri ile çocuğun soyadı, ad üzerindeki hakkın ihlali ve korunması konuları ise inceleme alanımızın dışında kalacaktır.

Soyadı nedir, ne işe yarar?

Ad kişiliğin bir parçası olup kişinin adı üzerindeki hakkı mutlak, devredilemez bir kişilik hakkıdır ve hukuken korunmaktadır (TMK md.26). Soyadı da öz ada eklenen ve kişisel adın bir parçası sayılan addır. Medeni ad veya aile adı da denilmektedir. Nesilden nesle geçmektedir. Soyadının kişileri belirtme, kişileri birbirinden ayırma, aynı aileden gelen kişileri, diğer ailelerden gelen kişilerden ayırt etme, (kişilerin adlarının olması ve değişmezliği ile) toplumsal düzene katkı sağlama, ailede ve ulusal düzeyde birlik sağlama ve bağlılığı pekiştirme gibi işlevlerinden söz edebiliriz¹.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, minetan@istanbul.edu.tr

¹ Ad kavramının tanımı, türleri, işlevi ve korunması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, M.K./Seliçi Ö./Oktay Özdemir S., Kişiler Hukuku

Türk hukukunda soyadının genel olarak hukuki rejimi²

- *Her Türk vatandaşı için ad (öz ad ve soyadı) sahibi olmak zorunludur. 2525 sayılı Soyadı Kanunu’nun³ (SK) 1. maddesinde “Her Türk öz adından başka soy adını da taşımağa mecburdur” ifadesi yer almaktadır.*
- *Herşey ad olamaz. Soyadı Kanunun 3. maddesine göre “Rütbe ve memuriyet, aşiret ve yabancı ırk ve millet isimleriyle umumi edeplere uygun olmıyan veya iğrenç ve gülünç olan soyadları kullanılamaz”. 1934 tarihli Soyadı Nizamnamesinde⁴ de yeni takılan soyadlarının Türk dilinden alınacağı (md.5) ve yabancı ırk ve millet isimlerinin soyadı olarak kullanılamayacağı (md.7) ifade edilmektedir⁵.*

(Gerçek ve Tüzel Kişiler), 17. Bası, Filiz, İstanbul, 2018, s.113 vd.; Akipek J./Akıntürk T./Ateş D., Türk Medeni Hukuku - Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku, C.1, 14. Bası, Beta, İstanbul, 2018, s.418 vd.; Dural M./Öğüz T., Türk Özel Hukuku, Kişiler Hukuku, C.II, 19 Bası, Filiz, İstanbul, 2018, s.167 vd.; Arpacı A., Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), 2. Bası, Beta, İstanbul, 2000, s.165 vd.

² Türk hukukunda ad ve soyadına ilişkin hukuki düzenlemeler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Ekşi, N., Vatandaşlık Hukukumuzda Türkçe Olmayan Ad ve Soyadı Meselesi, Beta, İstanbul, 2008.

³ RG.27.1934-2741.

⁴ RG.27.12.1934-2891.

⁵ Soyadı Nizamnamesinde alınabilecek soyadlarına ilişkin başka sınırlamalar da mevcuttur:

Madde 8 – Bir aşirete veya kabileye ilişik anlatan soyadları kullanılamaz ve yeniden takılamaz.

Madde 9 – Eski ve yeni Devlet kadrosundaki rütbe ve memuriyet bildiren soyadları kullanılamaz ve yeniden konamaz.

Madde 10 – Umumi edeblere uygun olmıyan veya gülünç veya iğrenç olan veya hakaret anlatan soyadları kullanılamaz ve yeniden takılamaz.

Madde 11 – Tarihte ün almış büyüklere ilişik anlatan soyadları bu kişilere ilişik resmi kayıtlarla, belgelerle sabit olmadıkça kullanılamaz ve yeniden takılamaz.

- *Ad kural olarak değişmez.* Ad aile hukuku ilişkilerine bağlı olarak kazanılabilir, kaybedilebilir ve değişebilir veya mahkeme kararıyla haklı sebeplerle değiştirilebilir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) ve Soyadı Kanununda (SK) öngörülen sebeplere bağlı olarak ad değişmekte veya değiştirilebilmektedir⁶.

Soyadı hangi yollarla kazanılabilir veya değiştirilebilir?

- Soybağı yoluyla (TMK md.321)⁷

⁶ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (RG.08.12.2001-24607): *Madde 27- Adın değiştirilmesi, ancak haklı sebeplere dayanılarak hâkimden istenebilir.*

Adın değiştirildiği nüfus siciline kayıt ve ilân olunur.

Ad değişmekle kişisel durum değişmez.

Adın değiştirilmesinden zarar gören kimse, bunu öğrendiği günden başlayarak bir yıl içinde değiştirme kararının kaldırılmasını dava edebilir.

Ayrıca 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu: *Madde 15 – (Değişik: 25/3/2009-2009/14848 K.) Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün içinde doğan çocuklar babalarının soyadını taşırlar. Evlilik dışında doğan çocuklar, analarının soyadını alırlar. Ancak, ana önceki evliliğinden dolayı çift soyadı taşıyorsa, çocuk onun be(Aile kütüklerindeki din bilgisine ilişkin talepler, kişinin yazılı beyanına uygun olarak tescil edilir, değiştirilir, boş bırakılır veya silinir”.*

⁷ 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu: *Madde 321- Çocuk, ana ve baba evli ise ailenin; (...) soyadını taşır. Ancak, ana önceki evliliğinden dolayı çifte soyadı taşıyorsa çocuk onun bekârlık soyadını taşır.*

Soyadı Nizamnamesi:

Madde 15 – (Değişik: 25/3/2009-2009/14848 K.) Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün içinde doğan çocuklar babalarının soyadını taşırlar. Evlilik dışında doğan çocuklar, analarının soyadını alırlar. Ancak, ana önceki evliliğinden dolayı çift soyadı taşıyorsa, çocuk onun bekarlık soyadını taşır. Evlilik dışında doğmuş çocuklar, ana ve babanın birbirleri ile evlenmesi veya babalarının tanınması ya da hakim babalık karar vermesi ile babanın soyadını alır.

- Seçme yoluyla (SK’nun yürürlüğü itibarıyla 2 yıllık sürede, SK md.7)⁸
- Ana-babası bilinmeyen çocuklara ad takılması yoluyla (SK md.8)⁹
- Evlat edinilme yoluyla (TMK md.314.3)¹⁰
- Evlenme / evliliğin sona ermesi ile (TMK md 187, md.173)
- Mahkeme kararıyla (MTK md.27)

Evliliğin veya evliliğin sona ermesinin (kadının) soyadı üzerindeki etkisi

4721 sayılı TMK’nın evliliğin genel hükümlerine ilişkin bölümünde kadının soyadı özel olarak düzenlenmiştir. Madde 187’de:

“Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir.”

hükmü yer almaktadır. 1926 tarihli ve 743 sayılı mülga Medeni Kanun’un 153. maddesinde ise “kadın evlenmekle kocasının

⁸ Soyadı Kanunu: Madde 7 – Bu kanunun neşri tarihinden itibaren iki yıl içinde gerek soy adı olmyanlar ve gerekse soy adlarını değiştirmek isteyenler taşıyacakları adı Hükümetin tayin edeceği şekilde nüfus kütüklerine geçirilmek üzere bildirirler. Bu iş için verilecek her nevi evrak pul resminden muaftır.

⁹ Soyadı Kanunu: Madde 8 – Soyadı seçme işlerinde çıkacak ihtilafları halletmek ve kendiliklerinden soyadı seçmeyenlerle anası babası belli olmyan çocuklara ad takmak ve bir adın kanunun istediği şekle uygun olup olmadığı hakkında karar vermek salahiyeti ana kütüğün bulunduğu yerin en büyük mülkiye memuruna aittir.

¹⁰ Türk Medeni Kanunu: Madde 314 - (3) Evlâtlık küçük ise evlât edinenin soyadını alır. Evlât edinen isterse çocuğa yeni bir ad verebilir. Ergin olan evlâtlık, evlât edinilme sırasında dilerse evlât edinenin soyadını alabilir.

soyadını alır” hükmü yer almaktaydı. Bu hüküm 1997 yılında değişikliğe uğrayarak¹¹, kadına başvuruya bağlı olarak kocasının soyadı önünde önceki soyadını kullanma imkânı tanınmıştı.

Diğer taraftan Soyadı Kanununun yürürlüğe girmesiyle soyadı taşıma zorunluluğu kabul edilerek, ayırt etme gücüne sahip, ergin olan kişilerin kendi soyadlarını seçme hakkı öngörülmüşken, bu hak evli kadın bakımından kocası lehine sınırlandırılmıştır¹². Kanunun 4.

¹¹ 14.05.1997 tarihli 4248 sayılı Kanun md.1 (RG.22.05.1997 – 22996).

¹² Soyadı Kanunu: Madde 5 – Mümeyyiz olan reşit soy adını seçmekte serbesttir. Akıl hastalığı ve akıl zayıflığı dolayısıyla vesayet altına alınmış olan reşidin adını babası, yok ise anası, bu da yok ise vasisi seçer.

Madde 4 – Soy adı seçme vazifesi ve hakkı evlilik birliğinin reisi olan kocaya aittir.

(İptal birinci cümle: Anayasa Mahkemesi’nin 8/12/2011 tarihli ve E.: 2010/119, K.: 2011/165 sayılı Kararı ile.: evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği soyadını alır) Koca ölmüş ve karısı evlenmemiş olursa veyahut koca akıl hastalığı ve akıl zayıflığı sebebiyle vesayet altında bulunuyor ve evlilik de devam ediyorsa bu hak ve vazife karınıdır.

Kocanın vefatıyla karı evlenmiş veya koca evvelki fıkra da zikredilen sebeplerle vesayet altına alınmış ve evlilik de zeval bulmuş ise bu hak ve vazife çocuğun baba cihetinden olan kan hısımlarından en yakın erkeğe ve bunların en yaşlısına yok ise vasiye aittir.

Soyadı Nizamnamesi : Madde 17 – (Değişik: 25/3/2009-2009/14848 K.) Kadın evlenmekle kocasının soyadını alır. Ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir.

Madde 18 – Evlenen dul, evlendiği günden itibaren yeni kocasının soyadını alır ve eski kocasının soyadına bir daha dönemez.

5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu: Geçici Madde 8- (Ek: 19/10/2017-7039/26 md.) (1) ... Soyadı değiştirilen erkek ise kendisi ile birlikte varsa karısının ve müracaat tarihinde ergin olmayan çocuklarının da soyadları düzeltilir. Soyadı değiştirilen kadın ise kendisi ile birlikte ergin olmayan evlilik dışı çocukları varsa onların da soyadları düzeltilir.

maddesine göre soyadı seçme vazifesi ve hakkı evlilik birliğinin reisi olan kocaya aittir.

Ayrıca boşanan kadının kişisel durumu başlığını taşıyan madde 173'e göre:

“Boşanma hâlinde kadın, evlenme ile kazandığı kişisel durumunu korur; ancak, evlenmeden önceki soyadını yeniden alır. Eğer kadın evlenmeden önce dul idiyse hâkimden bekârlık soyadını taşımasına izin verilmesini isteyebilir.

Kadının, boşandığı kocasının soyadını kullanmakta menfaati bulunduğu ve bunun kocaya bir zarar vermeyeceği ispatlanırsa, istemi üzerine hâkim, kocasının soyadını taşımasına izin verir.

Koca, koşulların değişmesi hâlinde bu iznin kaldırılmasını isteyebilir.”¹³

Evliliğin butlanına karar verilmesi halinde de soyadı aynı hükme tabi kılınmıştır (TMK md.158.2).

Söz konusu hükümlerden çıkan sonuçları şöyle sıralayabiliriz:

- Evlenmekle kadının kocasının soyadını alacağı

Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü'nün 11/12/2017 tarihli Ad ve Soyadı Değişikliği konulu Genelgesi:

“13- Soyadını değiştiren erkek ise kendisi ile birlikte eş ve ergin olmayan çocuklarının, soyadını değiştiren kadın ise ergin olmayan evlilik dışı çocuklarının soyadları sistem tarafından değiştirilecektir...”
([https://www.nvi.gov.tr/PublishingImages/mevzuat/mevzuat/genelge/Ad_v_e_Soyadi_Degisikligi\(2017\).pdf](https://www.nvi.gov.tr/PublishingImages/mevzuat/mevzuat/genelge/Ad_v_e_Soyadi_Degisikligi(2017).pdf))

¹³ Soyadı Nizamnamesi: Madde 19 – (Değişik: 25/3/2009-2009/14848 K.)
Boşanma halinde kadın, evlenmeden önceki soyadını yeniden alır. Ancak hakim boşandığı kocasının soyadını taşımasına izin vermiş ise boşandığı kocasının soyadını taşımaya devam eder.

- Kadının isterse evlenmeden önceki soyadını kocasının soyadının önünde kullanabileceği
- Boşanan kadının evlenmeden önceki soyadını alacağı, boşandığı kocasının soyadını kaybedeceği
- Kadının ancak menfaati varsa ve kocaya bir zarar vermeyecekse hâkimin izniyle boşandığı kocasının soyadını kullanmaya devam edebileceği
- Eski kocanın, koşulların değişmesi hâlinde bu iznin kaldırılmasını isteyebileceği
- Evlilik süresince kadının kural olarak soyadını değiştirme yetkisinin bulunmadığı
- Evlilik süresince kocanın soyadını değiştirmesi halinde kadının soyadının da bu değişikliğe bağlı olarak değişeceği

Ve dolayısıyla evlenme veya boşanmaya bağlı olarak kadın ve erkek eşlerin soyadı durumunu basitçe şöyle özetleyebiliriz:

- *Evlenmekle kadının soyadının mutlaka değişeceği*
- *Boşanmakla kadının soyadının büyük ihtimalle değişeceği*
- *Evlenme veya boşanmadan erkeğin soyadının hiçbir şekilde etkilenmediği*
- *Evlilik sırasında sadece kocanın soyadını değiştirme yetkisinin bulunduğu*
- *Evlilik sırasında koca soyadını değiştirdiğinde kadının soyadının da değiştiği*

Görüldüğü gibi kadının soyadı adeta bir “yaz-boz tahtası” halini arz etmektedir. Evlilik veya evliliğin sona ermesine bağlı olarak soyadı bakımından kadın ve erkek için farklı sonuçlar doğmakta, farklı haklar söz konusu olmaktadır¹⁴!

¹⁴ Kadının soyadı bakımından kocaya tabiiyeti, nüfus kaydı bakımından da benzerlik taşımaktadır. Nüfus Hizmetleri Kanunu md. 23.2’ye göre “Evlenen kadının kaydı kocasının hanesine taşınır. Kocasını ölen kadın

Normlar hiyerarşisinde en üstte yer alan Türkiye Cumhuriyeti Anayasası konuya ilişkin hangi esasları benimsemektedir?

Öncelikle Anayasa'nın “Kanun önünde eşitlik” başlığını taşıyan 10. maddesinin 1. ve 2. fıkralarına göre:

“Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

(Ek fıkra: 7/5/2004-5170/1 md.) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. (Ek cümle: 7/5/2010-5982/1 md.) Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.”

Ayrıca maddenin son fıkrasında Devlet organları ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda oldukları ifade edilmiştir.

Yine “Kişi dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” başlıklı maddede herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu kabul edilmiştir (AY md.17.1).

AY'nın ailenin korunması ve çocuk haklarına ilişkin 41. maddesinde de Türk toplumunun temeli olarak kabul edilen ailenin “eşler arasında eşitliğe dayandığı”¹⁵ ifade edilmiştir.

Ayrıca AY'nın 90. maddesinde “usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmaların kanun hükmünde olduğu, bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve

yeniden evlenmedikçe ölen kocasının aile kütüğünde kalır. Ancak dilerse babasının kütüğüne dönebilir”.

15

Bu ifade Anayasa'ya 03.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanunla eklenmiştir (RG.17.10.2001 - 24556).

özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınacağı” kabul edilmiştir.

Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerde hangi esaslar benimsenmektedir?

BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin¹⁶ 2. maddesinde ayrımcılık yasağı kabul edilmiştir. Buna göre taraf devletler Sözleşmede tanınan hakları ırk, renk, *cinsiyet*, dil, din, siyasal veya diğer bir fikir, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğum veya diğer bir statü gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın güvence altına almak bu ve haklara saygı göstermekle yükümlü kılınmıştır (md.2.1)¹⁷. Sözleşmenin cinsiyet eşitliğine ilişkin özel hükmünde de Sözleşmede yer alan bütün kişisel ve siyasal hakların kullanılmasında cinsiyet ayrımı yapılmadan *eşit haklar* sağlanması öngörülmektedir (md.3). Yine ailenin korunmasına ilişkin 23. maddesinde Sözleşme, taraf devletleri, evlilik konusunda, evliliğin devam ettiği sürece ve boşanmada eşlerin *eşit hak ve yükümlülük*lere

¹⁶ RG.21.07.2003 – 25175.

¹⁷ BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi: *Madde 2 - Sözleşmenin iç hukukta uygulanması ve ayrımcılık yasağı*

1. Bu Sözleşmeye Taraf her Devlet, bu Sözleşmede tanınan hakları ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya diğer bir fikir, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğum veya diğer bir statü gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın, kendi toprakları üzerinde bulunan ve egemenlik yetkisine tabi olan bütün bireyler için güvence altına almayı bu ve haklara saygı göstermeyi taahhüt eder.

2. Sözleşmede tanınan hakları kendi mevzuatında veya uygulamasında henüz tanımamış olup da bu Sözleşmeye Taraf Devletler, kendi anayasal usullerine ve bu Sözleşmenin hükümlerine uygun olarak, Sözleşmede tanınan hakları uygulamaya geçirmek için gerekli olan tedbirleri veya diğer önlemleri almayı taahhüt ederler.

sahip olmaları için gerekli önlemleri almakla yükümlü tutmaktadır (md.23.4)¹⁸.

İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin (AİHS)¹⁹ özel hayatın ve aile hayatının korunması başlıklı 8. maddesinde herkesin *özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı* gösterilmesi hakkına sahip olduğu kabul edilmiştir (md.8.1)²⁰. AİHS'in ayrımcılık

¹⁸ *BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi*'nin ayrımcılığın önlenmesi ile özel ve aile yaşamının korunmasına ilişkin başka bazı hükümleri de kadının soyadı konusu bakımından önem taşımaktadır.

Madde 4 - Olağanüstü durumda yükümlülük azaltma

1. Sözleşmeci Taraf Devletler, ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü bir durumun meydana gelmesi ve bun resmen ilan etmeleri halinde, durumun zorunluluklarının kesinlikle gerektirdiği ölçüde, uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerine aykırı düşmeyecek ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din, toplumsal köken gibi sebeplerle ayrımcılık içermeyecek şekilde, bu Sözleşmedeki yükümlülüklerinde azaltma yapan tedbirler alabilir.

Madde 17- Mahremiyet hakkı

1. Hiç kimsenin özel ve aile yaşamına, konutuna veya haberleşmesine keyfi veya hukuka aykırı olarak müdahale edilemez; onuru veya itibarı hukuka aykırı saldırılara maruz bırakılamaz.

2. Herkes bu tür saldırılara veya müdahalelere karşı hukuk tarafından korunma hakkına sahiptir.

Madde 26 - Hukuk önünde eşitlik

Herkes, hukuk önünde eşittir ve hiç bir ayrımcılığa tabi tutulmaksızın hukuk tarafından eşit olarak korunma hakkına sahiptir. Hukuk bu alanda her türlü ayrımcılığı yasaklar ve herkese ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka bir fikir, ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum veya başka bir statü ile yapılan ayrımcılığa karşı etkili ve eşit koruma sağlar.

¹⁹ RG.19.03.1954 – 8662.

²⁰ AİHS: Madde 8 - *Özel hayatın ve aile hayatının korunması*

1. Herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

yaşasına ilişkin 14. maddesinde de Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanmada, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayrımcılık yapılamayacağı öngörülmektedir²¹.

1984 tarihli *AIHS 7. no.lu Ek Protokol*’ün²² “eşler arasında eşitlik” başlığını taşıyan 5. maddesi de eşlerin evlilikte, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda, kendi aralarında ve çocukları ile ilişkilerinde medeni haklar ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanacaklarını kabul etmiştir.

Türkiye Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi’ne²³ de taraftır. Sözleşme siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel, kişisel veya diğer alanlardaki kadın ve erkek eşitliğine

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir.

²¹ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Kılınç Ü., İsim ve Soyisim Hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Korunması, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.89, 2010, s. 242-276.

²² RG.08.04.2016 - 29678. 2000 tarihli AİHS 12 no.lu Ek Protokol ise Türkiye tarafından 2001’de imzalanmış fakat henüz onaylamamıştır. Bu Protokol’ün ayrımcılığın genel olarak yasaklanmasına ilişkin 1. maddesinde: “1. Hukukî temin edilmiş olan tüm haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal ve sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum veya herhangi bir diğer statü bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır.

2. Hiç kimse, 1. paragrafta belirtildiği şekilde hiçbir gerekçeyle, hiçbir kamu makamı tarafından ayrımcılığa maruz bırakılamaz.” hükmü yer almaktadır.

²³ RG.14.10.1985 – 18898. Sözleşme hakkında bilgi için bkz. Çelikel A., Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılması Hakkında Sözleşme ve Türkiye’nin Koyduğu Çekinceler, *Milletlerarası Hukuk Bülteni (MHB)*, C.10/1-2, 1990, s. 59-64.

dayanan insan haklarının ve temel özgürlüklerin, medeni durumları ne olursa olsun kadınlara tanınmasını, kadınların bu haklardan yararlanmalarını veya kullanmalarını engelleme veya hükümsüz kılma amacını taşıyan veya bu sonucu doğuran cinsiyete dayalı herhangi bir ayırım, dışlama veya kısıtlamayı kadına karşı ayrımcılık olarak tanımlanmıştır (md.1). Taraf devletler bu ayrımcılığı yasaklayıp, tasfiye etmek amacıyla hem hukuki hem de siyasal, ekonomik ve kültürel alanlarda tedbirler almakla yükümlüdür (md.2, md.3)²⁴.

24

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi:

Madde 2 - Hukuki alanda tedbirler alma yükümlülüğü

Taraf Devletler kadınlara karşı ayrımcılığın her biçimini yasaklayıp, her türlü vasıta ile ve hiç vakit kaybetmeden kadınlara karşı ayrımcılığı tasfiye etme politikası izlemeyi kabul ederler ve bu amaçla aşağıdaki konularda taahhütte bulunurlar:

a) Erkeklerin ve kadınların eşitliği prensibini henüz ulusal anayasalarına veya diğer ilgili mevzuatlarına içselleştirmemişler ise, bu prensibi içselleştirmeyi ve yasalar ve diğer uygun vasıtalarla bu prensibin pratik olarak uygulanmasını sağlamak;

b) Kadınlara karşı her türlü ayrımcılığı yasaklayan ve gerektiği taktirde yaptırımlar getiren gerekli mevzuatı çıkarmak ve diğer tedbirleri almak;

c) Kadınların haklarını erkeklerle eşit bir biçimde koruyacak hukuki mekanizmalar kurmak ve yetkili ulusal yargı yerleri ile diğer kamu kurumları vasıtasıyla her hangi bir ayrımcılık karşısında kadınların etkili bir biçimde korunmasını sağlamak;

d) Kadınlara karşı ayrımcılık niteliğindeki bir eylem veya uygulamadan kaçınmak ve kamu kurum ve kuruluşların bu yükümlülüğe uygun davranmalarını sağlamak;

e) Her hangi bir kişi, kurum veya kuruluş tarafından kadınlara karşı ayrımcılık yapılmasını önlemek için gerekli her türlü tedbiri almak;

f) Kadınlara karşı ayrımcılık oluşturan mevcut yasaları, hukuki düzenlemeleri, gelenekleri ve uygulamaları değiştirmek veya kaldırmak için gerekli her türlü tedbiri almak;

g) Kadınlara karşı ayrımcılık oluşturan bütün ulusal ceza hükümleri kaldırmak;

Madde 3 - Siyasal, ekonomik ve kültürel alanlarda tedbir alma yükümlülüğü

Sözleşmenin evlenme ve aile ilişkileri ile ilgili 16. maddesinde eşlerin soyadı, meslek ve iş seçme hakları da dahil, karı ve koca olarak aynı kişisel haklara sahip olmaları öngörülmektedir (md.16.1.g)²⁵.

25

Taraf Devletler kadının tam gelişmesini ve ilerlemesini sağlamak için, özellikle politik, sosyal, ekonomik ve kültürel alanlar başta olmak üzere bütün alanlarda, erkeklerle eşit olarak insan hakları ve temel özgürlüklerinden yararlanmalarını ve bu hakları kullanmalarını garanti etmek amacıyla yasal düzenleme dahil bütün uygun önlemleri alacaklardır.

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi:

Madde 16 - Evlenme ve aile ilişkileri alanındaki haklar

1. Taraf Devletler evlilik ve aile ilişkileri ile ilgili bütün konularda kadınlara karşı ayrımcılığı tasfiye etmek için gerekli her türlü tedbiri alır ve özellikle erkeklerle kadınların eşitliğini öngören aşağıdaki hakları tanır:

a) Evlenmede aynı hakka sahip olma;

b) Serbestçe eş seçmede ve serbest ve kendi rızasıyla evlenmede aynı hakka sahip olma;

c) Evlilik döneminde ve boşanma sırasında aynı haklara ve yükümlülüklerle sahip olma;

d) Medeni durumları ne olursa olsun, anne ve baba olarak çocuklarla ilgili konularda aynı haklara ve yükümlülüklerle sahip olma; her hal ve karda çocukların menfaatlerine üstünlük tanınır;

e) Çocukların sayısına ve dünyaya getirilme zamanına serbestçe ve makulce karar verme konusunda aynı hakka sahip olma ve bu hakları kullanabilmeleri için gerekli bilgiye, eğitime ve araçlara sahip olma;

f) Velayet, vasilik, kayıymlık ve evlat edinme veya bu kavramların bulunduğu ulusal mevzuattaki benzer kurumlar bakımından aynı haklara ve yükümlülüklerle sahip olma; her hal ve karda çocukların menfaatlerine üstünlük tanınır;

g) Soyadı, meslek ve iş seçme hakları da dahil, karı ve koca olarak aynı kişisel haklara sahip olma;

h) Eşlerin mallarına sahip olma, kazanma, işletme, idare etme, kullanma ve mallarını bir bedel karşılığında veya bedelsiz olarak elden çıkarma konusunda aynı haklara sahip olma.

2. Çocuğun nişanlandırılması ve evlendirilmesi hiçbir hukuki sonuç doğurmaz; asgari evlenme yaşını tespit etmek ve evliliklerin resmi sicile kaydının zorunlu hale getirilmesi için yasama tedbirleri de dahil gerekli tüm işlemler yapılır.

Kadının Soyadına İlişkin Örnek Kararlar

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

*AİHM 16.11.2004 T. 29865/96 No.lu Ünal Tekeli / Türkiye kararı*²⁶: Ayşe Ünal Tekeli 1990 yılında evlenmiş ve 743 sayılı MK md.153 gereği kocasının soyadını almış. Kendi soyadını kocasının soyadının önüne ekleyerek gayri remi olarak kullanmayı sürdürmüştü. 1995'te yalnızca kendi soyadını kullanmak için açtığı dava reddedilmiş, Yargıtay'da onanmış. 1997'de 743 sayılı MK md.153 hükmü değiştirilerek kadının isteği üzerine kocanın soyadının önünde kendi soyadını kullanma imkânı kabul edilmiştir.

A. Ünal Tekeli AİHM'e başvurmuş. AİHM kararında:

MK md.153 hükmünün Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'ne aykırı olduğu, AİHS'in 8. ve 14. maddelerinin ihlal edildiği, TC Devletinin aile soyadının seçiminde eşlerin eşit haklara sahip olması için gerekli önlemleri alması gerektiği, eşlerin evlilik öncesi soyadlarını kullanmaya devam etmeleri veya ortak bir aile soyadı seçmelerinin nüfus kayıtlarının tutulmasında yaratabileceği sorunlar karşısında, kişilerin kendi tercih ettikleri ad ile saygınlık ve itibarlı bir yaşam sürmelerinin teminine üstünlük verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

AİHM, Levent Abdülkadiroğlu /Türkiye, 28.05.2013 T. 7971/07 No., Tuncer Güneş / Türkiye, 03.12.2013 T 30206/04 No., Tanbay Tüten / Türkiye 10.12.2013 T ve 38249/09 No.lu kararlarında²⁷ da aynı tutumu benimsemiştir.

²⁶ www.hudoc.echr.coe.int

²⁷ www.hudoc.echr.coe.int

Anayasa Mahkemesi Kararları

*AYM 29.9.1998 T. 1998/59 sayılı karar*²⁸: 743 sayılı MK md.153’ün “kimi sosyal gerçeklerin doğurduğu zorunluluklardan ve yasakoyucunun yıllar boyu kökleşmiş bir geleneği kurumsallaştırmamasından” kaynaklandığı ifade edilerek, Anayasa’ya aykırılık itirazı reddedilmiştir.

*AYM 10.3.2011 T. 2011/49 sayılı karar*²⁹: TMK md. 187’de yer alan kuralın “aile birliğinin korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi başta olmak üzere, nüfus kayıtlarının düzenli tutulması, resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi ve soyun belirlenmesi gibi kamu düzeni gerekleri nedeniyle kabul edildiği”, kadının kişilik hakkının kamu düzeni ve yararı gerekçesi ile sınırlandırılabilceği gerekçesiyle AYM hükmün Anayasa’ya aykırılığı iddiasını reddetmiştir.

Daha sonra AYM bireysel başvurular üzerine görüşünü değiştirmiştir.

*AYM 19.12.2013 T. 2013/2187 sayılı karar*³⁰: TMK md.187 uyarınca kadının, evlilik öncesi soyadını tek başına kullanamaması nedeniyle, AİHS md.8 ve 14 dışında, AY md.17’nin de ihlal edildiği yönünde.

AYM’nin 6.3.2014 T. 2013/4439³¹ ve 16.4.2015 T. ve 2014/5836³² sayılı kararları da aynı yöndedir.

²⁸ RG.15.11.2002 – 24937.

²⁹ RG.21.10.2011 – 28091.

³⁰ RG.07.01.2014 – 28875.

³¹ RG.25.4.2014 – 28982.

³² RG.11.7.2015 – 29413.

Yargıtay Kararları

*Yar.18.HD. 26.09.1995 T., E.1986/11078, K.1987/6 sayılı karar*³³: Kadın, kocanın soyadını taşımak zorunda olup, kocasının soyadının değişmesi halinde kadının soyadının da kendiliğinden değişmesi gerektiği, bu hususun nüfus idaresinin idari görevi olduğu yönünde...

*Yar. 18. HD. 03.04.2014, E. 2013/19402, K. 2014/6256 sayılı karar*³⁴: Kadının yalnızca kendi soyadını kullanabileceğine ilişkin ilk derece mahkemesi kararı TMK'nın emredici hükümlerine aykırı görülerek bozulmuş.

*YHGK 30.09.2015 T., E. 2014/2-889, K. 2015/2011 sayılı karar*³⁵: İlk derece mahkemesi evli kadının evlenmekle aldığı kocasının soyadının iptaline, evlenmeden önceki soyadını kullanmasına izin verilmesine karar verilmiş. *Yar. 2.HD. 21.02.2013 T. ve E. 2012/2319, K. 2013/4523 sayılı kararıyla*³⁶, AYM'nin 2011 tarihli kararına dayanarak, AY md.90/son'a etki tanınamayacağını, Türkiye'nin taraf olduğu temel hak ve özgürlüklere ilişkin başta AİHS ile temel hak ve özgürlükleri düzenleyen diğer sözleşmelerde, evli kadının "evlenmeden önceki soyadını muhafaza edeceğine" ilişkin açık bir hüküm ve düzenleme bulunmadığını, TMK md.187'nin yürürlükte olduğu sürece uygulanacağını, aksini kabulün Türk Medeni Kanununun benimsediği aile birliğinin ve bütünlüğünün kocanın soyadı üzerinden devamına ilişkin genel prensibi ve kamu düzenini bozacağını ifade ederek ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

İlk derece mahkemesinin direnme kararı üzerine;

³³ www.nvi.gov.tr/PublishingImages/mevzuat/nufus-mevzuati/yargi-kararlari

³⁴ www.lexpera.com.tr

³⁵ www.lexpera.com.tr

³⁶ www.lexpera.com.tr

YHGK, TMK md.187'nin uygulanmasında AY md.90'ın etkisiyle Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerin dikkate alınacağı, kadının evlenmeden önceki soyadını kullanmayı isteyebilmesi için haklı bir gerekçenin bulunmasına ihtiyaç olmadığı, bu hakkın AIHS'in 8. ve AY'nın 17. maddeleri kapsamında bir insan hakkı olduğu ve cinsiyete dayalı olarak bir ayrıma tabi tutulmaksızın erkek ve kadın arasında eşit şekilde uygulanması gerektiği, aksinin AIHS md.14'teki ayrımcılık yasağına aykırı olduğu gerekçeleriyle, evli kadının yalnızca kızlık soyadını taşıma hakkı olduğuna karar vermiş ve ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır.

Bu karar sonrasında evlilik öncesi soyadının kullanımını kabul eden kararlar verilmeye devam ediliyor³⁷. Fakat TMK md.187 halen yürürlükte³⁸! Ve evli kadının sadece kendi soyadını taşıyabilmek için dava yoluna başvurması gerekmektedir.

Milletlerarası Özel Hukukta Durum

Eşlerin yabancı bir devlet vatandaşı veya yabancı bir ülkede yaşıyor olması gibi yabancılik unsuru içeren bir evlilik ilişkisinin kadının soyadı üzerindeki etkisinin hukuki rejimi ne yönde?

Yabancılik unsuru içeren özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde milletlerarası özel hukuk kuralları gereği hangi devletin hukukunun

³⁷ Yar 2.HD. 28.04.2015 T., E. 2014/20471, K. 2015/8704 sayılı kararı, AYM'nin 2013 tarihli kararına uygun olarak evli kadının sadece kendi soyadını kullanabileceği yönünde (www. kazanci.com) [Aynı yönde Yar.2.HD. 23.02.2016](#) T., E.2015/20964, K.2016/3188 (www.kararara.com).

³⁸ TMK md.187 hükmünün, Türkiye'nin taraf olduğu Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi hükümleri doğrultusunda yeniden düzenlenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Ekşi, s.63 vd.

uygulanacağı belirlenir (MÖHUK md.1, md. 2.1)³⁹. Dolayısıyla eşlerin her ikisinin veya birinin yabancı olduğu veya yerleşim yeri veya mutad meskeninin yabancı ülkede olduğu evlilik ilişkilerine bağlı olarak eşlerin soyadı konusunda ortaya çıkacak bir hukuki ihtilafın çözüme kavuşturulmasında, öncelikle hangi devletin hukukunun uygulanacağını tespit edilmesi gerekmektedir.

Ancak 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da (MÖHUK) ada ilişkin özel bir bağlama kuralı bulunmamaktadır.

Türk milletlerarası özel hukuk doktrini ada uygulanacak hukuk konusunda ne diyor?

- *Ad prensip itibariyle, kişinin şahsını ilgilendirdiği için ilgilinin şahsi statüsüne yani milli hukukuna tabidir*⁴⁰.

Türk Milletlerarası Özel Hukuku sisteminde şahsi statü, kişinin menfaatini en iyi koruyacak, kişiyle en sıkı ilişki içerisinde bulunan hukuk olduğu anlayışıyla “milli hukuk” olarak kabul edilmektedir.

³⁹ 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK, RG.12.12.2007 - 26728):

Kapsam - Madde 1 – (1) Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı kararların tanınması ve tenfizi bu Kanunla düzenlenmiştir.

(2) Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır.

Yabancı hukukun uygulanması - Madde 2 – (1) Hâkim, Türk kanunlar ihtilâfi kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygular.

⁴⁰ Nomer, E., Devletler Hususî Hukuku, 22. Bası, Beta, İstanbul, 2017, s.227 vd.; Çelikel A./Erdem B. B., Milletlerarası Özel Hukuk, 15. Bası, Beta, İstanbul, 2017, s.208; Tekinalp G./ Uyanık, A., Milletlerarası Özel Hukuk – Bağlama Kuralları, 12. Bası, Beta, İstanbul, 2016, s.125; Şanlı C./Esen E./ Ataman Figanmeşe İ., Milletlerarası Özel Hukuk, 6. Bası, Vedat, İstanbul, 2018, s.122; Doğan, V., Milletlerarası Özel Hukuk, 5. Bası, Savaş, Ankara, 2019, s.301.

Yani ad kişinin milli hukukuna tabidir. Dolayısıyla kişinin adının tespiti, kazanılması, kaybedilmesi veya değiştirilmesi konuları kendi milli hukukundaki hükümlere tabidir⁴¹.

- *Adın kazanılması, kaybı veya değişikliği bir aile hukuku olayından kaynaklanıyorsa, o aile hukuku olayının tabi olduğu hukuk, ada ilişkin neticeleri de tayin eder*⁴².

Dolayısıyla soybağının kurulması, evlat edinme, evlenme veya boşanma gibi aile hukuku olaylarının, ilgililerin soyadları üzerinde doğuracağı sonuçlar, soybağının hükümleri, evlat edinmenin hükümleri, evlenmenin hükümleri veya boşanmanın hükümlerini yöneten hukuka tabi olacaktır.

Örneğin, babanın evlilik dışı çocuğunu tanıması sonucunda, çocuğun soyadının buna bağlı olarak değişip değişmeyeceği meselesi, soybağının hükümlerini yöneten hukuka (MÖHUK md.17) göre çözülecektir.

Gerçekten, TMK'ya bakıldığında da soybağının kurulmasına bağlı olarak adın kazanılmasına soybağının hükümleri, evlat edinmenin ad üzerindeki etkisine evlat edinmenin hükümleri, evlenmenin eşlerin soyadı üzerindeki etkisine evlenmenin genel hükümleri, boşanmanın

⁴¹ Türk vatandaşlığından çıktıktan sonra Alman vatandaşı olarak cinsiyet ve ad değiştiren kişinin, cinsiyet ve ad değişikliğine yönelik Alman mahkeme kararının Türkiye'de tanınması talebiyle açtığı davada kamu düzeni gerekçesiyle ilk derece mahkemesi tarafından verilen red kararı Yargıtay tarafından bozulmuştur. Yargıtay bu kararda cinsiyet ve ad değişikliğine ilişkin şartların kişinin milli hukukuna tabi olduğunu ifade etmiştir (Yar.2.HD. 21.12.2009, E. 2009/9678, K. 2009/22090, www.kazancihukuk.net/yargi-kararlari/y2hd-21122009-e20099678-k200922090/).

⁴² Nomer, s.228; Çelikel/Erdem, s.206 vd.; Tekinalp / Uyanık, s.125; Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s.120 vd.; Ekşi, s.146; Doğan, s.302.

etkisine ise boşanma kararının sonuçlarıyla ilgili hükümlerde yer verildiği görülmekte⁴³.

Türk Milletlerarası Özel Hukuk doktrindeki bu anlayışa göre;

- Evlenmenin eşlerin soyadı üzerindeki etkisi evlenmenin genel hükümlerini düzenleyen *MÖHUK md.13.3*'e göre⁴⁴,
- Boşanmanın eşlerin soyadı üzerindeki etkisi ise boşanmanın hükümlerinin düzenlendiği *MÖHUK md.14.1*'e tabi olacaktır⁴⁵.

MÖHUK md.13.3'e göre evliliğin genel hükümleri, eşlerin müşterek millî hukukuna tâbidir. Tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları hâlinde müşterek mutad mesken hukuku, bulunmadığı takdirde Türk hukuku uygulanır. Buna göre eşler aynı vatandaşlığa sahip ise eşlerin milli hukukları, ortak vatandaşlıkları yoksa bu durumda mutad meskenleri hukuku evlenmenin eşlerin soyadı üzerindeki etkisini belirleyecektir. Eşler aynı ülkede yaşamıyorlarsa bu halde de soyadı meselesi Türk hukukuna tabi olacaktır.

MÖHUK md.14.1'de boşanmanın hükümlerine uygulanacak hukuk da evliliğin genel hükümleri ile aynı esaslara bağlı olarak

⁴³ Türk kanunlar ihtilafı hukukunda ada uygulanacak hukukun ilgili aile hukuku olayına tatbik edilecek hukuka bağlanmasının, Türk Medeni Kanununun bu düzenleme şekliyle uyum içerisinde olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s.122.

⁴⁴ Nomer, s.264; Çelikel/Erdem, s.207, 240; Akıncı Z./Demir Gökyayla, C., Milletlerarası Aile Hukuku, Vedat, İstanbul, 2010, s.24 vd.; Tekinalp / Uyanık, s.154; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s.132. Evli kadının soyadı meselesi Yargıtay tarafından evlenmenin genel hükümleri kapsamında vasıflandırılarak MÖHUK md.13'e göre uygulanacak hukukun tespit edilmesi gerektiği ifade edilmiştir (Yar.2.HD. 12.05.2009 T., E. 2008/3618, K. 2009/9413, www.lexpera.com.tr).

⁴⁵ Nomer, s.263; Çelikel/Erdem, s.207, 247; Akıncı/ Demir Gökyayla, s.30; Tekinalp / Uyanık, s.168; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s.137; Doğan, s.342.

düzenlenmiştir⁴⁶. Böylece boşanmanın eşlerin soyadı üzerindeki etkisi de yine aynı esaslara göre belirlenecektir.

Elbette uygulanması gereken hukukun tespitinde kanunlar ihtilafı metodu bütünüyle uygulanacaktır. Kişinin hukuku ve aile hukukuna ait bir mesele olması sebebiyle *atıf* dikkate alınacaktır (MÖHUK md.2.3)⁴⁷. Milli hukukun uygulandığı durumlarda da birden çok vatandaşlık söz konusu ise vatandaşlıklardan birinin Türk vatandaşlığı olup olmamasına göre *en sıkı ilişkili vatandaşlık* veya *Türk vatandaşlığı* milli hukukun tespitinde dikkate alınacaktır (MÖHUK md.4.1.b/c). Ayrıca MÖHUK md.3 *dava anındaki* milli hukuk veya mutad mesken hukuklarının dikkate alınmasını öngörmektedir.

MÖHUK'ta yer alan düzenlemeler dışında Türkiye ada ilişkin olarak Milletlerarası Kişi Halleri Komisyonu (MKHK) tarafından hazırlanan birçok sözleşmeye de taraftır. Ancak bu sözleşmeler uygulanacak hukuk konusunda düzenleme getirmemektedir⁴⁸.

⁴⁶ MÖHUK: Madde 14 – (1) *Boşanma ve ayrılık sebepleri ve hükümleri, eşlerin müşterek millî hukukuna tâbidir. Tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları hâlinde müşterek mutad mesken hukuku, bulunmadığı takdirde Türk hukuku uygulanır.*

⁴⁷ Türk hukukunda ada ilişkin bağımsız bir bağlama kuralı kabul edilmesi halinde atfın bu kural bakımından dikkate alınmamasının yerinde olacağı yönündeki görüş için bkz. Tarman, Z. D., Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)'daki Boşluk: Ada Uygulanacak Hukuk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.66/2, 2017, s.481.

⁴⁸ *Ad ve Soyadların Değiştirilmesine İlişkin (4 no.lu, 1958 tarihli) Sözleşme*'de kişi hallerindeki değişiklik ve yanlışlığın düzeltilmesi sonucu vuku bulan değişiklikler sözleşmenin kapsamı dışında tutulmuş (md.1) (RG.13.07.1962 – 11153).

Kişi Halleri İşlemlerinin Düzeltilmesi Kararlarıyla İlgili (9 no.lu, 1964 tarihli) Sözleşme'ye göre hatalı kişi halleri belgesinin düzeltilmesine dair akit devlet makamları tarafından verilen adli/idari kararlar diğer akit devletlerde doğrudan tanınır (RG.21.12.1966 – 12483).

MÖHUK'un aksine bazı hukuklarda ada uygulanacak hukuku tespit eden özel bağlama kuralı kabul edilmiş. Örneğin;

Alman hukuku: Ad kişinin milli hukukuna tabidir (Alman Medeni Kan. Giriş Kan. md.10.1).

Taraflar evlenme akdi sırasında veya sonradan;

- Eşlerden birinin milli hukukuna veya
- Eşlerden birinin mutad meskeni Almanya'da ise Alman hukukuna uygun olarak soyadını belirleyebilirler (md.10.2).
- Eşler böyle bir seçim yapmamışlarsa veya geçersiz bir seçim yapılmışsa ad temel kural olan kişinin milli hukukuna göre belirlenecektir⁴⁹.

İsviçre hukuku: İsviçre'de ikamet eden kişinin adı İsviçre hukukuna tabidir. İkametgâhı yurt dışında ise kişinin adına ikamet ettiği devletin kanunlar ihtilafı kuralının atfı yaptığı hukuk uygulanacaktır (İsviçre MÖHK md.37.1). Bununla birlikte kişi adının milli hukukuna tabi olmasını talep edebilir (md.37.2)⁵⁰.

Ayrıca Alman Nüfus Memurları Federal Birliği Çalışma Grubu tarafından Ada Uygulanacak Hukuk Hakkında Hazırlanan Avrupa

Ad ve Soyadlarının Nüfus Kütüklerine Yazılış Şekline İlişkin (14 no.lu, 1973 tarihli) Sözleşme (RG.04.05.1975 – 15226).

Ad ve Soyadlarına Uygulanacak Kanuna İlişkin (19 no.lu, 1980 tarihli) Sözleşme'ye ise Türkiye taraf değildir. Sözleşmeye göre “Bir kişinin ad ve soyadı, vatandaşı bulunduğu devletin hukukuna tabidir. Yalnız bu amaçla, ad ve soyadının bağlı olduğu durumlar, bu devletin hukukuna göre değerlendirilir” ve “Vatandaşlığın değişmesi halinde, yeni vatandaşı olduğu devletin kanunu uygulanır” (md.1). İlgilinin milli hukukunun uygulanmasına, ancak kamu düzeniyle bağdaşmadığı takdirde istisna getirilebilir (md.4).

⁴⁹ Alman Medeni Kanunlarına Giriş Kanununun Almanca metni için bkz. www.gesetze-im-internet.de/bgbe9

⁵⁰ İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun Almaca metni için bkz. www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19870312

Birliği Tüzük Önerisi: Ad kişinin mutad meskeni hukukuna tabidir (md.4). Bununla birlikte kişinin sınırlı bir hukuk seçimi imkânı bulunmaktadır. Kişi, ada uygulanmak üzere milli hukukunu, birden fazla vatandaşlığa sahip ise, vatandaşı olduğu devletlerden birisinin hukukunu seçebilir (md.5.1). Kişi, medeni hal, mutad mesken veya vatandaşlığın değişmesi durumunda seçtiği hukuku değiştirebilecektir (md.5.2). Evli çiftler ve tescil edilmiş hayat ortaklığı partnerleri, soyadlarının taraflardan birisinin mutad meskeni hukukuna veya milli hukukuna tâbi olmasını kararlaştıracırlar (md.5.3)⁵¹.

Söz konusu düzenlemelerde kişilerin adına uygulanacak hukukun tespitinde,

- Onların şahsi statüsü esas alınıyor,
- Soyadı aile hukuku olayının tabi olduğu hukuktan bağımsız bir şekilde belirleniyor
- Ve soyadının belirlenmesinde eşlerin iradesine etki tanınıyor.

Türk Milletlerarası Özel Hukuk doktrinde de ad konusunda yeni görüşler *adın kazanılması, kaybı ve değişikliğinin, aile hukuku olaylarının bir sonucu olarak değil, aile hukuku olayından bağımsız bir şekilde, bağı bağına bir olay olarak kendine özgü bağlama kuralıyla, eşlerin şahsi statüleri veya tercihleri esas alınacak şekilde belirlenmesini* öneriyor.

Milletlerarası Özel Hukukta ad konusunu derinlemesine bir incelemeye tabi tutan *Pürselim Arning'in önerisine göre:*

⁵¹ Working Group of the Federal Association of German Civil Status Registrars, One Name Throughout Europe - Draft For a European Regulation on the Law Applicable to Names, Yearbook of Private International Law, Vol. 15, 2013-2014, s. 31-37, <http://www.e-collection.isdc.ch/zoom/4328/view?search=names&page=36&p=separate&tool=search&view=0,835,1867,1999>. Ayrıca bkz. Tarman, s.465 vd., 468 vd., 471.

Ada kişinin milli hukuku uygulanmalıdır. Eşlerin soyadına ise müşterek milli hukukları, yoksa eşlere tanınacak seçim hakkı çerçevesinde taraflardan birinin milli hukuku veya taraflardan birinin mutad meskeni Türkiye’de ise Türk hukuku uygulanmalıdır⁵².

Tarman’ın önerisine göre de:

Ada uygulanacak hukuk şahsi statüsü olarak kişinin mutad meskeni hukukuna göre tespit edilmelidir. Eşlerin soyadı da kural olarak şahsi statüye göre belirlenmeli, ancak eşlere taraflardan birisinin mutad mesken hukukunu veya milli hukukunu seçme hakkı verilmelidir⁵³.

Söz konusu görüşler soyadının aile hukuku olayı ile bağlantılı olsa dahi kişi ile en sıkı ilişkiyi tesis eden şahsi statüye bağlanması gerekliliğinden yol çıkmaktadır. Ayrıca evliliğin veya evliliğin sona ermesinin soyadı üzerindeki etkisinin, evlenmenin genel hükümleri veya boşanma statüsü çerçevesinde değerlendirilerek, bu konulardaki hukuklara tabi tutulması sebebiyle oluşması muhtemel *total soyadı* durumunun da önüne geçmeyi amaçlamaktadır⁵⁴.

Hangi hukukun uygulanacağını önemi: *Farklı devlet hukukları, farklı anlayışlar*

Evlenmenin veya evliliğin sona ermesinin eşlerin soyadına etkisi bakımından hangi hukukun uygulanacağı önem arz ediyor. Çünkü

⁵² Pürselim Arning, H. S., Türk, Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuklarında Ad, Adalet, Ankara, 2014, s.166 vd. Yazar ayrıca çocuğun soyadına ana ve babanın müşterek milli hukuku, yoksa ana babadan birinin mutad meskeni Türkiye’de ise Türk hukukunun uygulanmasını, evlatlığı soyadının milli hukukuna ve ad değiştirme davalarının da Türk hukukuna tabi olmasını önermektedir.

⁵³ Tarman, s.472, 477, 488.

⁵⁴ Pürselim Arning, s.170; Tarman, s.477 vd.

farklı devletlerin hukuklarında konu farklı düzenlemelere tabi tutulmuş olabilir. Hukukların büyük çoğunluğunda;

- Ya evlilik eşlerin soyadlarına etki etmiyor
- Ya da eşlerin tercihinine göre farklılaşan imkânları var (diğer eşin soyadını almak, iki soyadını birlikte kullanmak gibi)

Kocanın soyadının kadına zorunlu olarak yüklenmesi (bizdeki TMK md.187 benzeri düzenleme) çok az sayıda devletin hukukunda var. Ayrıca birçok hukukta koca da isterse kadının soyadını alabiliyor⁵⁵.

55

Evliliğin eşlerin soyadına etkisi bakımından farklı devlet hukuklarından örnekler için bkz. https://en.wikipedia.org/wiki/Maiden_and_married_names/

Örneğin Tayvan: Evli kadın sadece kendi soyadını taşır. Dilerse kocasının soyadını alabilir. Çocuk ana veya babadan birinin soyadını alabilir. 1900'lülerin ortalarına kadar kadınlar kendi soyadlarına kocalarının soyadını ekleyebiliyordu.

Güney Kore: Koreli kadın evlendikten sonra kendi soyadını korur. Çocuk ise babanın soyadını alır. Kişilerin kendi soyadlarını korumaları önem verilen bir gelenek.

Çin: Geleneksel olarak kadın evlilikten sonra da kendi soyadını koruyor. Çocuk genellikle babanın soyadını alıyor. Fakat hukuken annenin veya babanın veya her ikisinin soyadını alabilir. Batı hukuklarının etkisiyle bazı bölgelerde (Hong-Kong / Macau) kadının kocasının soyadını alabilmesi veya kendi soyadının arkasına eklemesi imkânı kabul edilmiş.

Japonya: Çiftler farklı soyadlarına sahip olamazlar. (Meiji döneminde batılılaşma hareketleri sonucu)

İran: 1976'ya kadar koca aile adını seçebiliyordu. Bu tarihten beri eşler evlilikten sonra kendi sahip olacağı soyadını seçme imkânına sahip. Kocanın, kadının soyadını belirleme imkânı yok.

Suriye: Eşler evlendikten sonra kendi soyadlarını korur. Kadın kocasının soyadını almaz.

Hispanik Ülkeler: İspanyol-Amerikan ülkelerinde eşler kendi soyadlarını korur. Kişiler anne ve babalarının ilk soyadını birlikte taşır. Ana-babaya, çocuğun soyadında babanın veya ananın soyadından hangisini önce

geleceğini –tüm çocukları bakımından aynı olacak şekilde- belirleme imkânı verilmiştir (José Gómez Hevia ve María Reyes García’nın Andrés adındaki çocukları Andrés Gómez Reyes veya Andrés Reyes Gómez olabilir).

Kanada: British Columbia eyaletinde eşler isterlerse her iki soyadını birlikte kullanabilirler. Quebec’te ad-soyadı değişikliği sebepleri sınırlı olarak kabul edilmiş evlenme ise doğrudan bir soyadı değişikliği sebebi olarak kabul edilmemiştir.

ABD: Evli kadın kendi soyadını korur. Eşlerden biri diğer eşin soyadını kendi soyadına ekleyerek kullanabileceği gibi, eşler her iki soyadını birlikte kullanabilir veya diğer eşin soyadının bir parçasını alarak da evlilikten sonra yeni bir soyadı oluşturabilir (Dawn Porter’ın Chris O’Dowd ile evlendikten sonra Dawn O’Porter soyadını kullanması gibi).

Filipinler: Kadına sunulmuş seçenekler var: Kadın kocasının soyadını almak zorunda değil. Ancak isterse kocasının soyadını ikinci soyadı olarak alabilir. Kocasının soyadını alan kadın kendi annesinden gelen soyadını da koruyabilir veya sadece kendi babasından gelen soyadını kullanabilir (*Maria Isabella Flores Garcia-Dimaculangan* veya *Maria Isabella Garcia Dimaculangan*) Çocuk annesinin soyadını ve arkasından babasını soyadını alır (*Maria Josefa Lopez Mañego-Luansing* ve *Juan Candido Luansing* adlı çiftin Juliana adlı çocuklarının adı, annesinden ilk soyad olarak *Mañego* ve babasından *Luansing* soyadını alarak *Juliana Mañego Luansing* olur).

Rusya: Eşler, eşlerden birinin soyadını ortak soyadı olarak alabilir, her iki soyadını birlikte kullanabilir veya sadece kendi soyadlarını taşımaya devam edebilir ya da tamamen farklı bir soyadı alabilirler.

Almanya: Kadın kocasının soyadını alabilir. Koca karısının soyadını alabilir. Eşlerden bir diğerinin soyadını kendi soyadına ekleyerek her iki soyadını birden kullanabilir. Bu durumda ortak soyadı aile soyadı olur. Eşler sadece kendi soyadlarını kullanmaya karar verebilir. Bu durumda soyadlarından birini aile soyadı olarak seçmek durumundadır. Her iki soyadı birden aile soyadı olarak kullanılamaz. Ancak eşlerden birinin zaten iki soyadı varsa ve diğer eş bu soyadını kullanmayı tercih ederse, bu iki soyadı aile soyadı olur. Diğer aile üyeleri de aile soyadı olan bu iki soyadını alır.

Yunanistan: Kadın evlendiğinde kendi soyadını korur.

İtalya: Eşler kendi soyadlarını korur. Kadın dilerse kocasının soyadını kendi soyadına ekleyerek kullanabilir.

Bu durumda MÖHUK’a göre evlilik veya evliliğin sona ermesi sebebiyle eşlerin soyadına uygulanacağını belirlediğimiz hukukun yabancı bir hukuk olması halinde, bu hukuktaki eşlerin soyadına ilişkin düzenlemenin Türk hukukundan farklı olması ihtimali çok yüksek.

Yabancılık unsuru taşıyan evlilik ilişkisine bağlı olarak eşlerin soyadı meselesi Türk mahkemelerinin önüne nasıl gelebilir?

- Yabancı hukuka uygun olarak, evlenme sebebiyle soyadı değişen veya muhafaza edilen Türk vatandaşı, Türkiye’de kayıt düzeltme davası açmış olabilir.
- Türkiye’de yabancılar kütüğüne veya mavi kartlılar kütüğüne kayıtlı olan yabancı evlenmeye bağlı olarak yabancı hukuka göre gerçekleşen soyadı değişikliği bakımından kayıt düzeltme talebinde bulunmuş olabilir.
- Evlilik devam ederken kadın eş evlenmeye bağlı olmaksızın Türk mahkemesinde soyadını değiştirme talebiyle dava açmış olabilir.
- Yabancı devlet mahkemesinden verilmiş ve soyadının evlenme sonucunda veya evliliğin devam sırasında değiştiği yönündeki veya soyadı değişikliğini doğuran bir boşanma kararının tanınması Türk mahkemesinden talep edilmiş olabilir.

Avusturya: 2013’ten beri evlilik kadının soyadında otomatik bir değişikliğe yol açmıyor. Soyadı ancak yasal başvuru ile değişebiliyor.

Fransa: 2013’ten beri eşler diğer eşin soyadını ortak soyadı olarak alabilir veya kendi soyadına ekleyebilir. 2002’den beri çocuklar hem anne hem de babanın soyadını alıyor.

Yabancılık unsuru içeren eşlerin soyadı meselelerinde mahkeme tatbikatı ne yönde?

*Yar.18. HD. 25.02.1997, E. 1997/288, K. 1997/1496 sayılı karar*⁵⁶: İsviçre’de evlenen ve İsviçre vatandaşı eşinin soyadını almasına İsviçre’de izin verilen Türk vatandaşı davacı erkeğin, Türk nüfus kayıtlarında Kırgız olarak görünen soyadının MÖHUK’un evlenme ile ilgili maddesi ve İsviçre hukuku gereği, aile adı olarak kullandığı eşinin soyadı Vollenweider olarak değiştirilmesi talebiyle açtığı davayı ilk derece mahkemesi kabul etmiş.

Yargıtay ise, davada yabancılık unsuru bulunmadığı, bu davanın ancak Nüfus Kanununun ilgili hükmü gereği Cumhuriyet Savcısı ve Nüfus İdaresinin katılımı ile görülebileceği, bu yönüyle de davanın kamu düzenine ilişkin olduğu ve milletlerarası özel hukuk kurallarının tatbik edilemeyeceği, MK md. 153 (TMK md.187) gereği evlilik birliği içerisinde kocanın soyadının taşınmasının zorunlu olduğu ve adın değiştirilmesinde MK md.26’ya göre haklı bir sebebin bulunmadığı gerekçeleriyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur⁵⁷.

*Yar. 2. HD. 12.05.2009 T., E. 2008/3618, K. 2009/9413 sayılı karar*⁵⁸: Suriye vatandaşı ile evliliği sebebiyle 1965 yılında Türk vatandaşlığından çıkarılan ve 1991 yılında yeniden vatandaşlığa alındığında kocasının soyadı olarak yazılan soyadının düzeltilmesini talep eden davacı kadının bu talebi ilk derece mahkemesi tarafından

⁵⁶ www.lexpera.com.tr; www.kazanci.com

⁵⁷ Kararın ayrıntılı değerlendirme ve eleştirisi için bkz. Emre Esen, Türk Vatandaşı Erkeğin Yabancı Eşinin Soyadını Alamayacağına İlişkin Bir Yargıtay Kararı Üzerine Düşünceler, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni; Cilt 24, Sayı 1-2 (2004); Prof. Dr. Sevin Toluner’e Armağan; 439-450 Ayrıca bkz. Pürselim Aring, s.167 vd., 289 vd.

⁵⁸ www.lexpera.com.tr; www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2009/06/20090630-5.htm

kabul edilmiş, evli kadının soyadı meselesi Yargıtay tarafından evlenmenin genel hükümleri kapsamında vasıflandırılarak MÖHUK md.13'e göre uygulanması gereken hukukun eşlerin ayrı vatandaşlıkta olmaları ve müşterek mutad meskenleri bulunmaması halinde Türk hukuku olacağı, TMK md.187 hükmü göz ardı edilerek evli kadının kocasının soyadını taşımaması sonucu doğuracak şekilde karar verilmesi yerinde görülmeyle bozma kararı verilmiştir.

*Yar.18. HD. 03.06.2010 T., E.2010/4182, K.2010/8335 sayılı karar*⁵⁹: Davacı kadının Türkan olan adının Turkie ve Efetürk olan soyadının Omeirat olarak düzeltilmesi talebini kabul eden ilk derece mahkemesi kararı, Yargıtay tarafından, halen evli olan davacının, koca soyadını değiştirmedikçe TMK md.187 gereği kocasının soyadını taşıması gerektiği, bu hususun kamu düzeni gereği olduğu, soyadını tek başına değiştirme hakkının bulunmadığı gerekçeleriyle bozulmuştur.

*Yar.18. HD.06.07.2010 T., E.2010/6750, K.2010/10314 sayılı karar*⁶⁰: Evli kadının evlenmekle aldığı Druchar olan soyadının evlenmeden önceki soyadı Sagular ile değiştirilmesi talebini kabul eden ilk derece mahkemesi kararı kanun yararına temyiz edilmiş; Yargıtay davacının J. Druchar ile halen evli olduğu, evliliğin sona erdiğini gösteren bir bilgi veya belge olmadığından, TMK md.187 gereği kadının sadece evlenmeden önceki soyadını taşımasının mümkün olmadığı sonucuna varmıştır.

*YHGK 10.7.2013 T., E. 2013/18-122, K. 2013/1059 sayılı kararı*⁶¹: Çifte vatandaşlığa sahip davacı Hasan Basri olan öz adını Brusk

⁵⁹ www.lexpera.com.tr; Babacan, H. G./Uslu, K., Uygulamada Nüfus Davaları, Adalet, Ankara, 2013, s.239.

⁶⁰ www.lexpera.com.tr; www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/08/20100812-8.htm

⁶¹ www.lexpera.com.tr; www.kazanci.com; www.kararara.com

Zander Brandon ve Selçuk olan soyadını (eşinin soyadı olan) Southall olarak İngiltere’de değiştirmiş, karışıklık yarattığı gerekçesiyle adının B.Z.B. Southall olarak değiştirilmesi talebiyle dava açmış. İlk derece mahkemesi talebi kabul ederek ad değişikliğine karar vermiş. *Yar.18.HD. 05.04.2012 T., E.2011/12222, K.2012/3614 sayılı kararı*⁶² ile Soyadı Kanunu’nun yabancı ırk ve millet isimlerinin soyadı olarak alınamayacağı yönündeki 3. maddesi ve Soyadı Nizamnamesinin aynı yöndeki 7. maddesi ile yeni alınan soyadlarının Türk dilinden alınacağını öngören 5. maddesini gerekçe göstererek, yapılmak istenen ad değişikliğinin Kanun ve nizamnamedeki bu emredici hükümlere aykırı olduğu gerekçesiyle soyadı değişikliği bakımından ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. İlk derece mahkemesinin kararında direnmesi üzerine YHGK, İngiltere’deki soyadı değişikliğinin evlilik sebebiyle mi yoksa bir ad değiştirme davasına dayanılarak mı gerçekleştiği incelemesine gitmeden Soyadı Kanunu md.3, Soyadı Nizamnamesi md.5 ve 7 ile meselenin kamu yararı ve kamu düzenine ilişkin olduğunu gerekçe gösterilerek ilk derece mahkemesinin direnme kararını bozulmuş⁶³.

Değerlendirme ve sonuç

MÖHUK’ta ada ilişkin özel bir düzenleme olmadığından, mevcut MÖHUK sisteminde evlilik veya boşanmanın eşlerin soyadı üzerindeki etkisi konusunda evliliğin genel hükümleri veya boşanmanın hükümlerine uygulanacak hukuklar (MÖHUK md.13.3 / md.14.1) belirleyici olmak durumundadır.

Diğer taraftan kişinin varlığının ana çekirdeğini oluşturma sebebiyle kişinin diğer tüm değerleri veya aile ilişkilerine kıyasla onun, kişiliğiyle en sıkı ilişki içerisindeki değeri olan adı/soyadı da,

⁶² www.lexpera.com.tr; www.kazanci.com; www.kararara.com

⁶³ Kararın değerlendirme ve eleştirisi için bkz. Pürselim Arning, s.162 vd.

uygulanacak hukuk bakımından en sıkı ilişkili hukuka bağlanabilir. Ayrıca eşlerin soyadına uygulanmak üzere uygulanacak hukukları çeşitlendirmek veya bilhassa eşlere, uygulanacak hukuku tayin etme konusunda sınırlı da olsa bir imkân vermek gerçekten de topal soyadı durumlarının önüne geçebilir. Bununla birlikte kişinin hukuku ve aile hukuku meselelerinde taraf iradelerine etki tanımayan MÖHUK sistemi bakımından böyle bir değişiklik ihtimali zor görünmektedir.

Yukarıda sözü edilen kararlarında ne Yargıtay Daireleri ne de YHGK davacının soyadının hangi ilişki sebebiyle değiştiğini incelememiş. Yabancılık unsurunun varlığı sebebiyle bir uygulanacak hukuk araştırmasına da gidilmemiş. Oysa MÖHUK md.2, yabancılık unsuru içeren ihtilaflarda Türk kanunlar ihtilafı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku uygulamayı hâkime bir görev olarak yüklemiştir. Yargıtay Daireleri ve YHGK, ilgili kararlarında Türk hukukunun evlenme ile kazanılan soyada ilişkin TMK md.187'deki iç hukuk kuralını *doğrudan uygulanan* bir kural gibi veya *kamu düzenini* gerekçe göstererek uygulamış⁶⁴. Oysa bu yerinde değil!

*Doğrudan uygulanan kurallar*⁶⁵;

⁶⁴ Türk vatandaşı kadının kocasının soyadını alıp almayacağını evliliğin genel hükümlerine tatbik edecek hukuka göre tayin edileceği; yabancı ülkede evlenirken o hukuka uygun olarak evlenmeden önceki soyadını taşıyan Türk kadının veya karısının soyadını alan Türk vatandaşı erkeğin tescil ve düzeltme taleplerini, konuyu kamu düzeninden kabul ederek doğrudan Türk hukukuna tabi tutan ve reddeden Yargıtay uygulamasının *hukuka aykırı* olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Çelikel/Erdem, s.241.

⁶⁵ Nomer, s.184 vd.; Çelikel/Erdem, s.154 vd.; Tekinalp/Uyanık, s.47 vd.; Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s.7 vd.; Doğan, s.273 vd.; Aybay Y. / Dardağan E., Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı), 2. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, s.141 vd.; Özdemir Kocasakal, H., Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, İstanbul, 2001.

Devletin mali, ekonomik, sosyal, kültürel, sağlık alanlarındaki makro politikalarının ürünü olan, içerisinde yabancılık unsuru bulunmasına bakılmaksızın ilgili olduğu her meseleye uygulanan kamu hukuku karakterli kurallardır. Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hallerde yabancı hukukun uygulanması söz konusu olmaz (MÖHUK md.6). Bu kurallar genellikle gümrük mevzuatı, Türk parasının kıymetinin korunması, idari makamlarının izninin gerektiği işlemler, yabancıların Türkiye’de çalışması, taşınmaz edinmesi gibi konularda emredici olarak düzenlenmiş hükümlerdir. Ancak her emredici hukuk kuralı doğrudan uygulanan kural niteliğinde değildir. Evlenmenin eşlerin soyadı üzerindeki etkisine dair TMK md.187 gibi özel hukuk alanına ilişkin bir olduğu şüphesiz bir düzenlemenin doğrudan uygulanan kural olarak görülmesi abestir. Dolayısıyla Yargıtay kararlarında TMK md.187’nin doğrudan uygulanan kural niteliğinde görülerek, yabancı unsurlu soyadı meselelerinde doğrudan doğruya uygulanması yerinde değildir⁶⁶.

*Kamu Düzeni*⁶⁷;

Yabancı hukukun uygulanmasının engellenmesi (MÖHUK md.5) ve yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizinin engellenmesinde (MÖHUK md.54.c) olmak üzere Türk Milletlerarası Özel Hukukunda iki yerde etkiye sahip.

MÖHUK md.5’e göre “*yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanır*”. MÖHUK md.54.c’ye göre de yabancı mahkeme

⁶⁶ Aynı yönde Pürselim Arning, s.160.

⁶⁷ Nomer, s.161 vd.; Çelikel/Erdem, s.139 vd.; Tekinalp/Uyanık, s.42 vd.; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s.72 vd.; Aybay/Drdağan, s.124 vd.; Doğan, s.252 vd.

kararı hakkında tenfiz kararı verilebilmesi için “*hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması*” gerekir.

Yabancılik unsuru içeren ihtilaflarda kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili yabancı hukukun uygulanması esastır. Kamu düzeni müdahalesi ancak istisnai olarak devreye girer. Kamu düzeni müdahalesi bakımından yabancı hukukun uygulanmasıyla elde edilen somut netice önemlidir. Somut neticenin Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması gerekir. Yabancı hukukun Türk hukukundaki düzenlemelerden farklılığı kamu düzeni müdahalesi için asla yeterli olmadığı gibi, Türk hukukunun emredici kurallarına aykırılık da her hâlükârda kamu düzeni müdahalesini doğurmaz. Yabancı hukukun uygulanmasıyla elde edilen somut neticenin Türk hukukunun temel prensipleri bakımından tahammül edilemez olması gerekir. Türk hukuk kurallarının temelinde yatan adalet anlayışı, Türk genel ahlak anlayışı, insan hakları, Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlükler, kadın-erkek eşitliği, çocuğun üstün menfaati veya dürüstlük kurallarına aykırılık halleri kamu düzenine aykırılık müdahalesinde faydalanılabilecek kriterlerdendir.

TMK md.187 doğrudan uygulanan kural olmadığı gibi, yabancılik unsuru içeren eşlerin soyadı meselelerinde, daha baştan TMK md.187 hükmünün kamu düzeninden olduğu gerekçesiyle uygulanacağı sonucuna da varılamaz. Eşlerin soyadı konusunda tatbiki gerekli yabancı hukukta, TMK md. 187’den farklı bir düzenlemenin bulunması ya da yabancı mahkeme kararında, TMK md.187’nin uygulanması ile elde edilecek neticeden farklı bir neticeye varılmış olması da kamu düzeni müdahalesini gerektirmez. Soyadı ile ilgili yabancı hukuk düzenlemesinin uygulanması veya yabancı kararın icrası ile elde edilecek somut netice önemlidir⁶⁸.

⁶⁸

Esen, s.444-446; Pürselim Arning, s.165. Ve özel olarak Türk erkeğin yabancı eşinin soyadını almasının kamu düzenine aykırılık oluşturmayacağı, Esen, s.448; Pürselim Arning, s.161.

Burada basit bir farklılık değil açık, tahammül edilemez bir aykırılık söz konusu olmalıdır.

TMK md.187'nin AİHS ve AY'yı ihlal ettiği, evli kadının evlenmeden önceki soyadını kocasının soyadını eklemeksizin tek başına kullanabileceği yönündeki AYM içtihadından sonra, yabancı hukuklarda yer alan eşlerin evlenmekle soyadının değişmemesi yönündeki kurallar bakımından Türk mahkeme kararlarında artık kamu düzenine aykırılık kavramına dayanılması beklenmemektedir.

Bununla birlikte evlilik sebebiyle özellikle Türk vatandaşı kocanın yabancı eşinin soyadını almış olmasına cevaz veren yabancı hukukun kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşması, şimdiye dek var olan Yargıtay içtihatlarında bakıldığında pek muhtemeldir.

Yabancı ile evlilik sebebiyle koca yabancı eşinin soyadını almış işe, soyadına uygulanacak hukukun tespiti ile uygulanacak yabancı hukukta kocanın eşinin soyadını almasının mümkün olması halinde, kamu düzeni müdahalesinin gerekip gerekmediğinin ayrıca değerlendirmesi gerekmektedir.

Yabancı hukukun Türk hukukundan (TMK md.187) farklı olarak kocaya karısının soyadını alma imkânı vermesi ve kocanın da bu imkânı kullanarak eşinin soyadını alması kamu düzenine aykırı görülemez. Anayasa hükümleri ve Türkiye'nin taraf olduğu insan haklarına ilişkin milletlerarası sözleşme hükümleri de kamu düzenin bu şekilde cinsiyet ayrımcılığı gözetilerek uygulanmasına engeldir.

Diyelim ki evliliğin genel hükümlerini yöneten hukuka göre koca zorunlu olarak yabancı karısının soyadını alıyor, yani eşinin soyadı ona zorla yükleniyor. Hâlbuki kocanın arzusu bu yönde değil. Ancak bu durumda kamu düzeni müdahalesini devreye sokmak MÖHUK md.5'e göre yerinde olabilir. Ancak dikkat edilirse TMK md.187'de de aynı zorunluluk ve dayatma kadın eş bakımından söz konusudur.

Kadına kocasının soyadını yükleyen TMK md.187, soyadını seçme vazifesi ve görevini evlilik birliğinin reisi olarak kocaya veren SK md.4 emredici kural olarak görülerek her hâlükârda uygulanmak istenirken, kocaya karısının soyadını “*üstelik kocanın bu yönde rızası var ise*” veren yani dayatmayan yabancı hukuk kuralının kamu düzenine aykırı görülmesinin makul bir izahı yoktur, abestir!

TMK md.187’yi Türk hukukunun bir emredici hukuk kuralı olarak uygulayan Yargıtay, ilgili kararlarında pek çok hususu göz ardı etmiştir:

- Olayda yabancılık unsuru olduğu ve milletlerarası özel hukuk kurallarının devreye gireceği, doğrudan Türk hukukunun uygulanamayacağı
- Evlenmenin genel hükümlerine ilişkin MÖHUK md.13/3 veya boşanmanın hükümlerine ilişkin MÖHUK md.14.1 gereği uygulanacak hukukun tespiti gerektiği
- Evlenmenin genel hükümleri veya evliliğin sona ermesinin hükümleri kapsamında eşlerin soyadına uygulanacak hukukun yabancı bir hukuk olması halinde, meselenin bu hukuk çerçevesinde çözümlenmesi gerektiği
- Bu hukukun uygulanması ile elde edilen neticenin Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde Türk kamu düzeninin müdahalesinin ancak istisnai olarak devreye girebileceği.

Yabancılık unsuru göz ardı edilerek TMK’nın 187. maddesi ve SK’nun hükümlerinin her hâlükârda uygulanması yönündeki bir eğilimin kaynağını, gerçekte ad konusunda cinsiyet ayrımcı ve erkeğe, babaya, kocaya üstünlük sağlayan anlayışın yani aslında kadına, aile içinde ve toplum içinde ikincil, erkeğe ise birincil bir rolü nasip gören erkek egemen anlayışın, cinsiyet eşitliğini

sağlamaya yönelik yapılan tüm hukuki ıslahlara rağmen halen hukuki düzenlemelere ve hukuk uygulayıcılarının zihinlerine kök salmış olmasında aramak lazım.

Bu anlayışın tüm hukuki düzenlemelerden ve zihinlerden silinmesi dileğiyle...

8 Mart Dünya Kadınlar Günü Kutlu Olsun !

Faydalanılan Eserler

Akıncı Z./Demir Gökyayla, C., Milletlerarası Aile Hukuku, Vedat, İstanbul, 2010.

Akıpek J./Akıntürk T./Ateş D., Türk Medeni Hukuku - Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku, C.1, 14. Bası, Beta, İstanbul, 2018.

Arpacı A., Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), 2. Bası, Beta, İstanbul, 2000.

Aybay Y. / Dardağan E., Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı), 2. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008.

Babacan, H. G./Uslu, K., Uygulamada Nüfus Davaları, Adalet, Ankara, 2013.

Çelikel A./Erdem B. B., Milletlerarası Özel Hukuk, 15. Bası, Beta, İstanbul, 2017.

Çelikel, A., Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılması Hakkında Sözleşme ve Türkiye'nin Koyduğu Çekinceler, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB), C.10/1-2, 1990, s.59-64.

Doğan, V., Milletlerarası Özel Hukuk, 5. Bası, Savaş, Ankara, 2019.

- Dural M./Öğüz T., Türk Özel Hukuku C.II, Kişiler Hukuku, 19 Bası, Filiz, İstanbul, 2018.
- Ekşi, N., Vatandaşlık Hukukumuzda Türkçe Olmayan Ad ve Soyadı Meselesi, Beta, İstanbul, 2008.
- Esen, E., Türk Vatandaşı Erkeğin Yabancı Eşinin Soyadını Alamayacağına İlişkin Bir Yargıtay Kararı Üzerine Düşünceler, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB), C.24/1-2, 2004, Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan, s.439-450.
- Kılınç, Ü., İsim ve Soyisim Hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Korunması, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.89, 2010, s.242-276.
- Nomer, E., Devletler Hususî Hukuku, 22. Bası, Beta, İstanbul, 2017.
- Oğuzman, M.K./Seliçi Ö./Oktay Özdemir S., Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 17. Bası, Filiz, İstanbul, 2018.
- Özdemir Kocasakal, H. Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, İstanbul, 2001.
- Pürselim Arning, H. S., Türk, Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuklarında Ad, Adalet, Ankara, 2014.
- Şanlı C./Esen E./ Ataman Fıganmeşe İ., Milletlerarası Özel Hukuk, 6. Bası, Vedat, İstanbul, 2018.
- Tarman, Z. D., Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)'daki Boşluk: Ada Uygulanacak Hukuk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.66/2, 2017, s. 461-490.

Tekinalp G., / Uyanık A., Milletlerarası Özel Hukuk – Bağlama Kuralları, 12. Bası, Beta, İstanbul, 2016.

Working Group of the Federal Association of German Civil Status Registrars, One Name Throughout Europe - Draft For a European Regulation on the Law Applicable to Names, Yearbook of Private International Law, Vol. 15, 2013-2014, s. 31-37.

Soru 1:

Dr.Öğr.Üyesi Nergiz Karadağ Özgün:

Neden İskandinav Ülkelerinde daha iyi Türkiye onlara göre daha düşük? Bunun acaba sosyal devlet daha doğrusu devletlerin zenginlikleri ile bir ilgisi olabilir mi? Ekonomisi daha iyi olan ülkelerle mi ilgili?

Cevap: Hayır. Söz konusu araştırmaya baktığımda şunu fark ettim. Türkiye'nin oldukça üstünde olan ülkeler var. Mesela beşinci sırada Nikaragua, altıncı sırada Ruanda, sekizinci sırada Filipinler; ilk ona girebilmiş bu ülkelerin hiçbiri ekonomik durumu çok iyi ülkeler değil. Yani kayıtsızlığı gidermek için gerekli olan para değil. Veya dünyanın en büyük ekonomisi sayılan ABD bu listede 51. Sırada. Bununla bir ilgisi yok, ama anlayışla ilgisi var.

İkinci Soru: 2019 Ocak ayında kırk üç, 2019 Şubat ayında otuz bir kadın erkekler tarafından öldürüldü. Bu oranlara baktığımızda meselelerin devamlı arttığını görüyoruz. Bu artışın sebebi Ceza Hukuku müeyyidelerinin az olması mı? Eğer öyleyse müeyyidelerin artırılması bu rakamları düşürür mü?

Üçüncü Soru: Türkiye'de son on yılda 2337 kadın şiddet görerek hayatını kaybettiği halde toplumumuz bu konu hakkında neden bu kadar sessiz?

İkinci ve Üçüncü Soru Cevabı: Ceza Hukukçusu değilim. Bu sorunun cevabını ben de merak ediyorum bunun cevabını ama ama bu algıyla ilgili bir şey. Sadece hukuksal düzenlemelerin değişikliği ile ilgili bir şey değil.

Şunu düşünelim, gece vakti تنها bir sokakta yürüyen bir kadının mı cinsel saldırıya uğrama ihtimali yüksektir, yoksa erkeğin mi? Bu kadın daha sonra hakim karşısına çıktığında, hakim şöyle söyleser; “o kadının o saatte orada ne işi varmış?” ya da “neden mini etekle geziyormuş” dediğinde, aslında hedeflediğimiz şeyin sadece hukuksal düzenlemeler olmadığı, toplumsal bir algıda bir değişime ihtiyacımız olduğu görebiliriz. Hukukun toplumsal mühendislik işlevi var. Sosyolog değilim dolayısıyla bu konuda büyük çözümlerlere girebilecek yeterlilikte değilim. Alanım hukuk olduğuna göre, dediğim gibi ancak hukukun bu alanda dönüştürücü gücü kullanılabilir. Ama hukukun uygulanmasında tosluyorlar. Yani kadınlara ilişkin çok temel kararları erkekler veriyor. Mahkemelerde de böyle, parlamentoda da böyle. Ama nüfusun yarısı, bu çok büyük bir rakam, biz kendimiz ile ilgili kararları ne yazık ki halen kendimiz veremiyoruz. Bunu aşamıyoruz.

Dördüncü Soru: Kadına tecavüz mevzusunda daha önce ilişki yaşamış kadına tecavüz edene daha az, yaşamamış kişiye daha fazla ceza verildiğine dair mahkeme kararı var mıdır?

Cevap: Evet, erken tarihlerde Anayasa Mahkemesi’nin utanç verici bir kararı var. Yine Genel Kamu Hukuku alanında çalışan Ülkü hocanın makalesinden altını olarak, eski bir karar. 1989 yılındaki bu kararda, Anayasa Mahkemesi, açık biçimde iffetli kadın bedeninin ve iffetsiz kadın bedeninin aynı değerde olmadığını söylemiş. Fuhuş yapan kadına tecavüz edilmesinin, cezanın indirilmesine neden olan hükmü eşitlik ilkesi bakımından değerlendirilmiş ve Mahkeme’nin deyimiyle; “iffetli bir kadın ile iffetsiz bir kadın arasında ayırım yapılmasını” haklı bir neden olarak değerlendirmiş. Yani kadın vücudu iffetli ya da iffetsiz olmasına göre bir haktan aynı biçimde yararlanamayabilir. Neden kadın bedeni bu kadar hukukun, sosyolojinin, siyasetin konusu; neden erkeklerin bedenini konuşmuyoruz?

Soru 1:

Dr.Öğr.Üyesi Mine Tan Dehmen:

Anayasa Mahkemesi kararları sonrasında dava yoluyla olsa da kadın sadece kendi soyadını taşıyabiliyor. Ancak çocuk soyadını babadan alıyor. Bu durumu nasıl değerlendiriyorsunuz?

Cevap: Sonuçta tabii cinsiyet ayrımının izlerini taşıdığını söyleyebiliriz. Şöyle bir anlayışın sonucu; soyun babadan geçtiği anlayışı. Gerçekten kökleşmiş bir anlayış. Yani bugün hiç de azımsanamayacak sayıda insanda söz konusu. Kırk altı kromozomlu insan hücresinin 23'ü anne, 23'ü babadan biyolojik olarak geçtiği gibi bir bilgiye çoğu insan sahip değil. Pek çok insan annenin sadece taşıyıcı olduğu, tohum ve onun toprağa ekilmesi gibi olarak algılıyor. Dolayısıyla hani zaten bir genetik veya soybağını direkt baba ile kurmuş oluyor. Böyle bir anlayışı baba ile kurmuş oluyor zaten. Dolayısıyla tabii ki babanın soyadını alması da ayrımcılık içeriyor. Kadının soyadına ilişkin farklı uygulamadan bahsederken, genelde kadına kocanın soyadının yükletildiği durumların az olduğunu söylemiştik. Ancak çocuk konusunda daha farklı, daha çok babanın çocuğunun ülke hukuklarında tercih edildiğini halen görüyoruz. Ama farklı düzenlemeler de var; bir tanesinin soyadını tercihte bulunuyor veya çocuk karma bir soyadın olduğu şekilde hem anne hem babanın soyadını alabiliyor. Aslında bana kalırsa bütün bu soruların çözümü, belki soyadının ayırt edici işlevine baktığımız zaman, hepimizin T.C. kimlik numaraları var, bu bizi ayırt ediyor. Ayşe Kaya dediğimiz zaman, bu isimde Türkiye’de binlerce kişi olabiliyor ve bu isim kimseyi aslında ayırt etmiyor. Ama bizim kendimize has olan, değişmeyen bir kimlik numaramız var. Aslında belki de soybağı diye bir şey olduğu sürece bununla ilgili sorunlar olmaya devam edecektir. Hukuk düzeni gözünde bir soya bağlılık ve bunu gösteren sembol kullanılması zorunlu olduğu sürece, her zaman bir tarafa yönelik eşitlik ve ayrımcılık soruları ile karşılaşacağız diye düşünüyorum.

İkinci Soru: Yargıtay’ın kararlarında ülke bağlantısı hususu gözetiliyor mu? Mesela iki İsviçreli evlenmelerinde de ayrımcılık söz konusu oluyor mu?

Cevap: Yargıtay kararlarında sadece yabancıların taraf olduğu meselelere dair örnekler de var. Yargıtay'ın buna dikkat etmediğini ve Medeni Kanun'daki soyadına ilişkin hükmü hep uyguladığını açıkçası görüyoruz. Ülke bağlantısı olsa bile, mesela bir taraf İsviçreli ama biri Türk vatandaşı olduğu zaman uygulansın mı? Hayır o zaman da uygulanmamalı. İşin içinde bir Türk vatandaşı da olabilir, diğer eş yabancıysa veya yabancı ülkede yaşıyorlarsa yine bir yabancılik unsuru var. Uygulanacak hukuku kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlemek gerekiyor. Bu yabancı bir hukuk olduğunda da onu uygulamak gerekiyor. Dolayısıyla ülke bağlantısı da Medeni Kanun'un 187. maddesinin uygulanmasına yol açmamalı diye düşünüyorum. Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı Prof.Dr. Servet Armağan

Bana da bir arkadaşımız, İslam Hukukunda kadın-erkek eşitliği nasıldır, şeklinde bir soru yöneltmiş. Konumuz dışında olduğu için kısaca yanıtlayacağım.

2002 yılında bu konuda yurtdışında altı ay süreyle Almanca bir çalışma yapmıştım. Buradan incelenebilir. Geçmişte kalmış bir hukuk sistemi, bağdaşan tarafı azdır modern hukuk ile adaptasyonunu iyi düşünmek lazım. Bu çalışmam makale haline geldi, ayetler ve hadislerle ile 20. Asırdaki duruma ilişkin yorumumu da kattım, bazı münazarada bulunmuştum. Toplantıyı ve oturumu bitiriyorum. Hepinize teşekkür ediyorum. Dekan Beye, konuşmacılarımıza ve Sempozyum'u düzenleyen ekibe de teşekkür ediyorum.